

**Zwangslizenz als Rechtsfolge
des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen**

DISSERTATION
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Jürgen Hartmann

Mainz 1973

Zwangswirtschaft als Rechtsfolge
des Grenzfalls gegen
Währungsverschmelzungen



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Zwangslizenz als Rechtsfolge
des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen**

DISSERTATION

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

Jürgen Hartmann

Mainz 1973

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Kraft

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hadding

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Februar 1973



M e i n e n E l t e r n

Inhaltsübersicht

Einleitung	S. 1
Teil 1: Die gesetzliche Regelung der Zwangslizenz	S. 2
A) Rechtsgeschichtliche Skizze über die Entstehung des § 15 PatG	S. 2
B) Bedeutung des § 15 PatG in der Praxis	S. 3
C) Hinweis auf die Ausgestaltung der Zwangslizenzregelung im Euratomvertrag	S. 4
Teil 2: Das Verhältnis zwischen Patentrecht und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	S. 6
A) Methodik der Abgrenzung	S. 6
B) Die Funktionen des GWB und des Patentrechts	S. 7
I. Die Zwecksetzungen des GWB	S. 7
II. Ziele und Zwecke des Patentrechts	S. 8
III. Vergleich dieser Funktionen	S. 8
C) Die Rechtstechniken des GWB und des Patentrechts zur Verwirklichung der angestrebten Funktionen	S. 10
I. Die Rechtstechnik des GWB	S. 10
II. Die Rechtstechnik des Patentrechts	S. 11
III. Vergleich dieser Rechtstechniken	S. 13

D) Lösung des Konflikts	S. 14
I. Wertung des GWB-Gesetzgebers	S. 14
II. Überprüfung der Wertung des Gesetzgebers mit Hilfe der ökonomischen Erkenntnisse über den Wettbewerbsprozeß	S. 14
III. Beurteilungskriterien für die Beantwortung der Frage, wann unternehmerische Praktiken beim Gebrauch des Patentrechts ge- gen die Rechtsnormen des GWB verstoßen	S. 18
IV. Ergebnis	S. 21

Teil 3: Rechtsnormen des GWB, die als Rechts-
folge eine Zwangslizenz beinhalten
könnten

A) Methodik der Prüfung	S. 21
B) Zwangslizenz nach § 1 iVm § 35 GWB	S. 22
I. Verhältnis zwischen § 1 GWB und § 20 GWB	S. 22
II. Ausgangsfälle	S. 26
III. Tatbestandsmäßigkeit der Lizenz- austauschverträge im Sinne des § 1 GWB	S. 27
IV. Zwangslizenz als Inhalt eines Schadensersatzanspruches aus § 35 Abs. 1 GWB iVm § 1 GWB	S. 56
V. Ergebnis	S. 69
C) Zwangslizenz als Rechtsfolge des § 22 Abs. 4 GWB	S. 71
I. Verhältnis von § 22 GWB zu § 20 GWB	S. 71

II. Skizzierung der Ausgangsfälle	S. 72
III. Marktbeherrschende Stellung auf Grund eines Patents?	S. 79
IV. Wann stellt sich die Patentpolitik der Unternehmen als mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung dar?	S. 78
V. Zwangslizenz auf Grund des § 22 Abs. 4 GWB. Kann das BKartA auf Grund des § 22 Abs. 4 GWB ein positives Verhalten gebieten?	S. 90
VI. Gerichtliche Erzwingbarkeit von Mißbrauchsverfügungen	S. 98
VII. Ergebnis	S. 100
D) Zwangslizenz als Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 iVm § 35 GWB	S. 101
I. Berührungspunkte zwischen dem Tatbestand des § 25 Abs. 1 GWB und der Schutzrechtsverwertung	S. 101
II. Skizzierung des Ausgangsfalles	S. 102
III. Wann fällt das Marktverhalten eines Unternehmens unter den Tatbestand des § 25 Abs. 1 GWB?	S. 103
IV. Zwangslizenz als Folge eines Schadensersatzanspruches aus § 25 Abs. 1 iVm § 35 GWB	S. 105
V. Ergebnis	S. 111
E) Zwangslizenz nach § 26 Abs. 1 iVm § 35 GWB	S. 112
I. Berührungspunkte zwischen dem Tatbestand des § 26 Abs. 1 GWB und der Schutzrechtsverwertung	S. 112

II. Ausgangsfall	S. 112
III. Der Subsumtionsbereich des § 26 Abs. 1 GWB	S. 112
IV. Zwangslizenz als Rechtsfolge des § 26 Abs. 1 iVm § 35 GWB	S. 115
V. Ergebnis	S. 119
F) Zwangslizenz nach § 26 Abs. 2 iVm § 35 GWB	S. 119
I. Ausgangsfall	S. 119
II. Der Diskriminierungstatbestand	S. 119
III. Zwangslizenz auf Grund der §§ 26 Abs. 2, 35 GWB	S. 126
IV. Ergebnis	S. 129
Teil 4: Ist § 15 PatG lex specialis gegenüber den GWB-Vorschriften, die als Rechts- folge die Auferlegung einer Zwangslizenz beinhalten?	S. 130
A) Problemstellung	S. 130
B) Besteht zwischen § 15 PatG und § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB ein Konkurrenzverhältnis?	S. 130
I. Feststellung des Bedeutungs- inhalts des unbestimmten Rechts- begriffs "öffentliches Interes- se" anhand der historischen Aus- legungsmethode	S. 131
II. Der Gesetzeszweck des § 15 PatG	S. 132
C) Wird § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB im Wege der Gesetzeskon- kurrenz von § 15 PatG verdrängt?	S. 133
I. Besteht zwischen diesen Rechts- normen ein Rangverhältnis der Spezialität?	S. 133

II. Rangverhältnis der Subsidiarität	S. 134
D) Ergebnis	S. 136
Zusammenfassung und Schlußbetrachtung	S. 137
Abkürzungsverzeichnis	S. 139
Literaturverzeichnis	S. 141

Einleitung

Da das Patentrecht zu den wirtschaftlich bedeutsamsten Rechtsgebieten gehört, hat es eine starke Resonanz in wirtschaftspolitischen Veröffentlichungen gefunden. Es sind überwiegend die Vertreter der sogenannten "Freiburger Schule", die unter Zugrundelegung ihrer wirtschaftspolitischen Konzeption von der sozialen Marktwirtschaft eine Reform des gegenwärtigen Patentsystems fordern, da es sich wegen seines Monopolcharakters als Fremdkörper in einem auf dem Prinzip des freien Wettbewerbs beruhenden Wirtschaftskreislauf ausnehme.¹⁾ LENEL²⁾ vertritt die Meinung, daß das ausschließliche Recht zur gewerblichen Verwertung, welches dem Patentinhaber durch § 6 PatG gewährt wird, eine der Ursachen für die Konzentration der deutschen Wirtschaft sei. Um der wettbewerbszerstörenden Kraft der Konzentration entgegenzuwirken, hält er es für angebracht, die Rechtsposition des Patentinhabers durch einen allgemeinen Lizenzzwang einzuschränken.³⁾ Die Gegenfront zu diesen Forderungen nach Reform des geltenden Patentsystems durch die Exponenten der "Freiburger Schule" bilden verschiedene Patentrechtler, die in ihren Publikationen nichts unversucht lassen, um zu beweisen, daß das Patentrecht sich im Wettbewerb durchaus nicht als störendes Element erweise, sondern daß es gerade der Patentschutz sei, der den Wettbewerb auf technologischem Gebiet fördere.⁴⁾

Die folgende Untersuchung, die darauf abzielt, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Tatbestände zu durchleuchten, deren Rechtsfolge die Auferlegung einer Zwangslizenz beinhaltet, könnte

-
- 1) Röpke, Die Gesellschaftskrise der Gegenwart, S. 396: Das Dilemma des Patents besteht darin, daß einerseits ein Schutz des geistigen Eigentums anzuerkennen, andererseits die Verleihung eines Monopols zu vermeiden ist. Das Dilemma scheint am besten durch eine möglichst zeitliche Begrenzung des Patentschutzes und durch die Einrichtung von Zwangslizenzen lösbar, die es jedem gestatten, gegen Entrichtung einer Lizenzgebühr von einer Erfindung freien Gebrauch zu machen...
 - 2) Die Ursachen der Konzentration, S. 116.
 - 3) Lenel, a.a.O., S. 113; so auch Gather, Reform der Patentgesetzgebung, in ORDO II (1949), S. 270 ff.
 - 4) Spengler, Patentschutz in der Wettbewerbswirtschaft, 23 ff (25). Nach Spengler ist das deutsche Patentrecht das sozialste der Welt. Waller, Das Patentmonopol in der Marktwirtschaft, in GRUR 1963, 512 (513).

die Diskrepanz zwischen den skizzierten Ansichten über die volkswirtschaftliche Nützlichkeit oder Schädlichkeit des deutschen Patentsystems ausgleichen, falls sie ergeben sollte, daß das GWB tatsächlich die Möglichkeit der Zwangslizenzerteilung bereithält. Im Jahr 1873 konnte schon einmal der Streit um die wirtschaftliche Bedeutung des Patents durch die Schaffung des Rechtsinstituts "Zwangslizenz" beigelegt werden.¹⁾

Die Einführung einer Zwangslizenz wurde als Kompromißlösung betrachtet, die auf der einen Seite dafür sorgt, daß unter bestimmten Voraussetzungen jeder Marktteilnehmer Zugang zu dem technischen Wissen haben kann, wodurch die Möglichkeit der Entstehung einer wirtschaftlichen Monopolstellung geringer wird, und die auf der anderen Seite die elementaren Grundsätze des Patentrechts nicht außer Kraft setzt. Zwar unterscheidet sich die heutige Situation durch die Existenz des § 15 PatG, der die Möglichkeit einer Zwangslizenzerteilung beinhaltet, von derjenigen des Jahres 1873, in welcher die Patentrechtsordnung ein solches Rechtsinstitut nicht aufweisen konnte, doch könnte die Ausweitung der Möglichkeit einer Zwangslizenzerteilung durch die GWB-Vorschriften die Bedenken der Vertreter der "ordoliberalen Schule" gegen die Rechtsnorm des § 15 PatG beseitigen, die nach ihrer Ansicht nicht zur Ausschaltung von Wettbewerbsverfälschungen geeignet ist.²⁾

1. Teil: Die gesetzliche Regelung der Zwangslizenz

A) Rechtsgeschichtliche Skizze über die Entstehung des § 15 PatG

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des deutschen Patentgesetzes am 1.7.1877 enthielt der Normenkomplex des Patentrechts noch nicht das Rechtsinstitut der Zwangslizenz, so wie es in der heutigen Form vorliegt. Durch die Androhung der Zurücknahme des Patents für den Fall, daß das öffentliche Interesse die Erteilung einer Lizenz gebietet, wurde lediglich ein mittelbarer Zwang auf den

1) Auf dem Patentkongress in Wien anläßlich der dort stattfindenden Weltausstellung; vgl. dazu Machlup, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Int 1961, 373 (375).

2) Lenel, Die Ursachen der Konzentration, S. 128.

Patentinhaber zur Lizenzerteilung ausgeübt.¹⁾

Erst durch die Novellierung des Patentgesetzes vom 6. Juni 1911 wurde dem Patentamt die Befugnis verliehen, jedem Antragsteller die Benutzung eines fremden Patents zu gestatten, falls das öffentliche Interesse die Erteilung der Benutzungserlaubnis geboten erscheinen lasse.

Die Gesetzesnovelle des Jahres 1936 brachte insofern eine Veränderung, als die Entscheidung des Patentamtes über die Gewährung einer Zwangslizenz nicht mehr eine Ermessensfrage darstellte; vielmehr ordnete der modifizierte Tatbestand des § 15 PatG an, daß der Antragsteller bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Erteilung der Zwangslizenz hatte.

Das sechste Überleitungsgesetz von 1961 beseitigte die dreijährige Wartefrist für die Erteilung der Zwangslizenz. Nunmehr konnte eine Zwangslizenz schon vom Zeitpunkt der Patentanmeldung an gewährt werden. Dieser Novellierung lag der Gedanke zugrunde, daß nach drei Jahren das technische Wissen bereits überholt sein kann, wodurch für eine Zwangslizenz kein Bedürfnis mehr besteht.²⁾

Abschließend sei hervorgehoben, daß die Voraussetzungen für die Erteilung der Zwangslizenz unverändert geblieben sind, trotz der Wandlungen, die sich zwischenzeitlich in der wirtschaftspolitischen Betrachtungsweise des Patentrechts vollzogen haben, deren Ergebnisse nicht ohne Einfluß auf die Auslegung des § 15 PatG geblieben sein können.³⁾

B) Praktische Bedeutung des § 15 PatG

Wenn man berücksichtigt, daß beim Bundespatentgericht, welches gemäß den §§ 37, 41 PatG für das Zwangslizenzverfahren zuständig ist, in der Zeit vom 1.7.1961 bis 15.2.1971 acht Zwangslizenzklagen eingegangen sind, von denen sechs zurückgenommen wurden, eine sich in der Hauptsache erledigte und ein Verfahren noch anhängig ist, müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß der § 15 PatG

1) § 11 Nr. 2 des PatG vom 1.7.1877 bestimmte, daß das Patent zurückgenommen werden konnte, "wenn im öffentlichen Interesse die Erteilung der Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung an andere geboten erscheint, der Patentinhaber sich aber gleichwohl weigert, diese Erlaubnis gegen angemessene Vergütung und genügende Sicherstellung zu erteilen."

2) Benkard-Löscher, Patentgesetz, § 15 Rdn 26.

3) Schade, Zwangslizenz, Mitt. 1964, S. 101 ff (104).

im Patentrechtsverkehr nur eine unwesentliche Rolle spielt.¹⁾ Allein durch die Existenz des Rechtsinstitutes "Zwangslizenz" wird jedoch ein mittelbarer Druck auf den Patentinhaber zur Lizenzerteilung ausgeübt. Ebenso wie das Strafrechtsnormengefüge eine generalpräventive Wirkung auf die einzelnen Rechtsgenossen zeitigt, so motiviert den Patentinhaber das Bewußtsein, in ein kostspieliges und langandauerndes Zwangslizenzverfahren verwickelt zu werden, zu dem Entschluß, den Weg des geringsten Risikos zu gehen und einen frei ausgehandelten Lizenzvertrag abzuschließen.²⁾ Leider sind diejenigen Fälle, in denen allein die Existenz des § 15 PatG eine gütliche Einigung herbeiführte, keiner statistischen Auswertung zugänglich.

Eine weitere Ursache für die geringe Anzahl an Zwangslizenzverfahren vor dem Bundespatentgericht mag in dem Umstand begründet sein, daß viele Patentinhaber von der Vorstellung ausgehen, selbst noch nicht die optimale technische Lösung gefunden zu haben und deshalb einem anderen Rechtssubjekt freiwillig eine Lizenz einräumen, um sich die Möglichkeit offenzuhalten, an dessen Erfindungsleistungen wiederum mittels eines Lizenzvertrages zu partizipieren. Diese beiden Erwägungen zeigen auf, daß es nicht angebracht ist, von der geringen Anzahl an Zwangslizenzverfahren auf die geringe Bedeutung des § 15 PatG zu schließen.

- C) Hinweis auf die Ausgestaltung der Zwangslizenz im Euratomvertrag
Gegenüber dem § 15 PatG sind die Vorschriften des Art. 17 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom) vom 25. März 1957³⁾ Spezialrechtsnormen, die die Rechtsvorschriften des Patentgesetzes in Bezug auf technologische Leistungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Kernforschung stehen, derogieren.⁴⁾
Wenn verschiedene Patentrechtler⁵⁾ die Auffassung vertreten, daß

1) Die statistische Übersicht über die Anzahl der Zwangslizenzklagen in dem angegebenen Zeitraum entstammt aus der Abhandlung von Preu, Zur Zwangslizenz, 10 Jahre Bundespatentgericht, S. 239; vgl. auch Lindenmaier-Zeunert, Das Patentgesetz, § 15 Rdn 2.
2) H. G. Heine, Monopolistischer Patentmißbrauch, in GRUR 1948, 170 (172).
3) BGBI 1957 II 764.
4) Pelzer, Die rechtliche Problematik der Beschränkungen der deut-

Art. 17 Euratomvertrag einen größeren Subsumtionsbereich als § 15 PatG aufweist, so findet diese Meinung nur teilweise eine Bestätigung in Art. 17 Euratomvertrag. Durch diese supranationale Rechtsnorm wird lediglich der Adressatenkreis, dem eine Zwangslizenz gewährt werden kann, erweitert. Nach Art. 17 Abs. 1 a kann der Gemeinschaft und den nach Art. 49 Euratomvertrag gebildeten gemeinsamen Unternehmen eine Zwangslizenz an Erfindungen, die mit der Kernforschung zusammenhängen, erteilt werden, soweit die Erteilung der Lizenz für die Fortführung der eigenen Forschung notwendig oder für den Betrieb ihrer Anlagen unerlässlich ist (Gemeinschaftslizenzen). Die Zwangslizenz wird nur zu Forschungszwecken erteilt, nicht um mit anderen Unternehmen in wirtschaftlichen Wettbewerb zu treten.¹⁾

In der Nutzung von Patenten zu Forschungs- oder wissenschaftlichen Zwecken ist aber noch kein Eingriff in die Rechtssphäre des Patentinhabers zu sehen, die es diesem gestatten könnte, die ihm aus § 47 PatG zufließenden Verteidigungsbefugnisse geltend zu machen.²⁾ Somit wäre die Gewährung einer Zwangslizenz zu wissenschaftlichen Zwecken noch nicht einmal notwendig.

Strenger sind die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz für Personen und Unternehmen in den Mitgliedsstaaten. Nach Art. 17 Abs. 1 b Euratomvertrag ist eine Zwangslizenzerteilung nur dann gerechtfertigt, wenn die folgenden Prämissen gegeben sind: Zunächst

Forts. v. Fußn. 4):

schen Atomwirtschaft durch den Euratomvertrag, DB 1962, 394 (396); Reimer-Neumar, Das Patentgesetz, § 15 Rdn 1.

5) Reimer-Neumar, Das Patentgesetz, § 15 Rdn 1; Lindenmaier-Zeunert, Das Patentgesetz, § 15 Anm. 1.

1) Pfanner/Sünner, Der gewerbliche Rechtsschutz im Euratomvertrag, S. 52.

2) Tetzner, Patentgesetz, § 6 Anm. 17; Reimer-Nastelski, Patentgesetz, § 6 Rdn 66; es wird argumentiert, daß der Gebrauch einer Erfindung zu Forschungszwecken kein gewerbsmäßiger Gebrauch im Sinne des § 6 PatG darstellt. A. A. Gaul/Bartenbach, Nutzung von Schutzrechten in der Industrieforschung als Patentverletzung, in GRUR 1968, 281 (284) und Volkmar Tetzner, Patentverletzung durch Forschung, in GRUR 1966, 604 (607).

muß die Erfindung, an welcher eine Zwangslizenz gewährt werden soll, für die Entwicklung der Kernforschung innerhalb der Gemeinschaft von maßgeblicher Bedeutung sein und ferner muß die Lizenzerteilung erforderlich sein, um ein Bedürfnis zur Nutzung der Erfindung im Rahmen des Programms der Gemeinschaft zu befriedigen, dem der Patentinhaber trotz Aufforderung nicht nachgekommen ist.¹⁾ Ein Vergleich mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt auf, daß das RG das öffentliche Interesse an der Erteilung einer Zwangslizenz u. a. auch dann bejahte, wenn der Patentinhaber den inländischen Bedarf nicht befriedigte oder befriedigen konnte.²⁾

Zwischen Art. 17 Euratomvertrag und § 15 PatG besteht infolgedessen eine weitgehende Tatbestandskongruenz.³⁾

2. Teil: Das Verhältnis zwischen Patentrecht und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

A) Methodik der Abgrenzung

Um das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete bestimmen zu können, sollen zunächst die vom Patentrecht und vom GWB angestrebten funktionalen Zwecksetzungen verifiziert werden.⁴⁾ Der Begriff "funktionale Zwecksetzung" soll dabei in die folgende Untersuchung ein normatives bzw. teleologisches Element hineinragen, und zwar insofern, als dieser Begriff im Sinne eines beabsichtigten oder wünschenswerten Ereignisses zu verstehen ist. Ziel dieser Funktionsuntersuchung ist die Beantwortung der Frage, ob zwischen den beiden Rechtsgebieten eine Funktionsharmonie oder eine Funktionsdiskrepanz besteht. Unter der Voraussetzung, daß sowohl das Patentrecht als auch das GWB gleiche Zwecksetzungen aufweisen, schließt sich die Erörterung der Frage an, inwie-

1) vgl. dazu auch Schade, Zwangslizenz, Mitt. 1964, 101 (105).

2) RGZ 93, 50 (53); RG GRUR 36, 604 (606).

3) so auch Pelzer, Die rechtliche Problematik..., a.a.O., S. 396. Über die Ausgestaltung der Zwangslizenz im Vorentwurf zu einem europäischen Patentrecht und anderen Ländern; vgl. Schade, Zwangslizenz, Mitt. 1964, 101 (105 ff).

4) Zur funktionalen Betrachtungsweise vgl. etwa Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 101 (104).

weit die Rechtstechniken bzw. Rechtsformen, welche sich der Gesetzgeber zur Verwirklichung der angestrebten Zwecke bedient, zwischen den beiden Rechtsgebieten übereinstimmen oder differieren. Bewahrheitet sich die hier vorangestellte Prämisse, daß trotz gleicher Zielsetzung die Rechtstechniken disharmonisieren, so soll im dritten Abschnitt der Versuch unternommen werden, die Lösungsmöglichkeiten zu erarbeiten, die unter Beachtung der funktionalen Zwecksetzungen beider Rechtsgebiete die Friktionen zwischen den Rechtsgebieten des GWB und des Patentrechts zu überbrücken vermögen.

B) Die Funktionen des GWB und des Patentrechts

I. Die Zwecksetzungen des GWB

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthält zwei Zielsetzungen: Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts¹⁾ und Sicherstellung der menschlichen Handlungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich.²⁾ Diese doppelfunktionale Zwecksetzung überlagert das Institut "Wettbewerb", denn der Wettbewerb wird nicht um seiner selbst willen geschützt,³⁾ sondern allein deswegen, weil er am besten geeignet ist, ein optimales wirtschaftliches Wachstum zu erreichen,⁴⁾ und weil er im Gegensatz zu einer planifizierten Wirtschaft dem einzelnen Wirtschaftssubjekt die Möglichkeit gewährt, sich auf dem wirtschaftlichen Gebiet frei zu entfalten.⁵⁾

-
- 1) Bezenberger, Die zivilrechtlichen Ansprüche im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1956, 209 (210); Gentz, Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB und § 9 KartVO, in WuW 1961, 587 (593); Willemsen, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, S. 74.
 - 2) Begr. zum RE des GWB, A I, abgedruckt im GK, 1. Aufl., S. 1057; Jürgen F. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 47; Peukert, Abschlußverweigerung und Abschlußzwang im Kartellrecht, S. 87; Willemsen, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, S. 74.
 - 3) Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 152; Säcker, Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstandes, S. 40; Tätigkeitsbericht BKartA 1969, Bundestagsdrucksache IV/950, S. 14.
 - 4) Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 245 ff; Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftlich praktikablen Definition des Wettbewerbs, S. 16, 17.
 - 5) Günther, Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-

II. Die Zwecksetzungen des Patentrechtes

Ebenso wie beim Wettbewerbsrecht (GWB) zerfallen die Zielsetzungen des Patentrechts in eine sozial- und in eine individualrechtliche Komponente.

Die individualrechtliche Komponente äußert sich in dem Umstand, daß das Patentrecht dem Patentinhaber das Ergebnis seiner Arbeit in Gestalt eines Ausschließlichkeitsrechtes zuordnet, während die sozialrechtliche Komponente dadurch zum Ausdruck kommt, daß die Möglichkeit, durch eine erfinderische Leistung ein Ausschließlichkeitsrecht zu erhalten, den Einzelnen zu Erfinderleistungen animiert, wodurch wiederum der technische Fortschritt vorangetrieben wird.¹⁾

III. Vergleich dieser Funktionen

Das Patentrecht und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfolgen sowohl individual- als auch gesamtwirtschaftliche Interessen. Ob den beiden Funktionen ein verschieden großes Gewicht beizulegen ist, soll für jedes der beiden Rechtsgebiete getrennt geprüft werden.

Für das Patentrecht ist HUBMANN²⁾ der Meinung, daß die Förderung und der Schutz der Privatinteressen im Vordergrund steht. Diese Rangordnung der Patentrechtsziele läßt sich jedoch nicht aufstellen. Vielmehr sind beide Zwecke akzessorischer Natur und bilden eine Einheit.³⁾ Ohne den Schutz individueller Belange in Form des Ausschließlichkeitsrechtes wäre die Stimulanzwirkung zur eigenständigen Entwicklung neuer Erfindungsgedanken, die den Fortschritt der Technik vorantreibt, nicht existent.⁴⁾ Dadurch,

Fort. v. Fußn. 5):

schränkungen BB 1957, 721: Er nennt das GWB die "Magna Charta" der Wirtschaftsfreiheit. Auf die doppelfunktionale Zielsetzung des GWB weist besonders deutlich hin: Hoppmann, Workable Competition, S. 253.

1) Auerswald, Das Patentmonopol und der Kartellgesetzentwurf, in WuW 1957, 220 (226); Busse, Patentgesetz und Gebrauchsmuster-gesetz, Einführung I 2 (S. 5); Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, § 4 I (S. 32, 33); Franz Schlegelberger, Grundlagen des neuen Patentrechts, S. 17.

2) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, § 4 I 1 (S. 32).

3) so auch Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 38.

4) a. A. Koch/Froschmaier, Patentgesetze und Territorialitäts-

daß die privaten Interessen geschützt werden, wird auch zwangsläufig das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Weiterentwicklung der Technik gefördert.

Eine ähnliche Interdependenz besteht zwischen der Wettbewerbsfreiheit und dem Ziel, "gute" ökonomische Ergebnisse zu verwirklichen. Der Wettbewerb setzt Wettbewerbsfreiheit, die Freiheit zur wirtschaftlichen Initiative auf dem Markt, voraus. Ohne ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit wäre die Institution "Wettbewerb" nicht denkbar.¹⁾ Gleichzeitig stellt der Wettbewerb auch ein Instrumentarium bereit, das zur Erzielung guter ökonomischer Ergebnisse zu dienen bestimmt ist. Freiheitschutz und gesamtwirtschaftliche Zielsetzung sind somit zwei Aspekte des gleichen Schutzzweckes.²⁾

Der Vergleich der Funktionen offenbart, daß zwischen der Zielsetzung des Patentrechts und des GWB eine Inkompatibilität nicht vorliegt. Beiden Rechtsgebieten wohnt die Tendenz inne, ein

Forts. v. Fußn. 4):

prinzip, GRUR Int 1965, 121 (122): "Das ausschließliche Recht, den geschützten Gegenstand herzustellen, zu gebrauchen und in Verkehr zu bringen, dient in erster Linie nicht so sehr der Bereicherung des Erfinders..., sondern der Förderung des technischen Fortschritts, in dem er für die Offenbarung erfinderrischer Ideen...Anreiz und Belohnung...erhält.

- 1) Böhm, Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, S. 7: "Die Marktwirtschaft ist also immer und notwendig eine wenigstens teilweise freie Wirtschaft"; Merle, Marktinformationsverfahren und § 1 GWB, S. 51.
- 2) Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, S. 145 (148 ff); Mestmäcker, Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, S. 305 ff; a. A. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 14: K. vertritt die Meinung, daß bei Berücksichtigung außerökonomischer Funktionen vom ökonomischen Optimum abgewichen wird; so auch Sacker, Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstandes, S. 50 ff.

Höchstmaß an technischen Fortschritt und nationalem Wohlstand in Form der Maximierung des Sozialproduktes¹⁾ sicherzustellen.

C) Die Rechtstechniken des GWB und des Patentrechts zur Verwirklichung der angestrebten Funktionen

I. Die Rechtstechnik des GWB

Um die Wettbewerbswirtschaft aufrechtzuerhalten, erstellte der GWB-Gesetzgeber einen Ordnungsrahmen, der den Wettbewerbsmechanismus vor allem vor den Störungsfaktoren schützen muß, die von wirtschaftlichen Machtzusammenballungen verursacht werden.²⁾ Diese Zielvorstellung erfüllte er dadurch, daß er zunächst einmal allen Verträgen zwischen Unternehmen die Rechtswirksamkeit versagte, durch welche diese den Wettbewerb ausschalten, in dem sie auf Wettbewerb überhaupt oder auf bestimmte Wettbewerbsmaßnahmen verzichten. Solche Verhaltensweisen der Unternehmen lassen sich generell als Wettbewerbsbeschränkung durch Vertrag qualifizieren.

Wirtschaftliche Macht vermag sich aber nicht nur allein dadurch herauszubilden, daß sich mehrere Unternehmen durch kooperative Verträge zu einem gleichartigen Marktverhalten verpflichten, sondern kann auch dadurch entstehen, daß ein Unternehmen aufgrund von Betriebszusammenführungen oder durch die eigene Leistungskraft eine überragende Marktstellung erlangt.³⁾ Wenn auch in diesen Fällen nicht unbedingt die Marktergebnisse beeinträchtigt werden, so wird doch der endogene Kontrollmechanismus des Wettbewerbs ausgeschaltet. Um zu verhindern, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht zu Wettbewerbsfälschungen einsetzt, hat der GWB-Gesetzgeber die Mißbrauchsaufsicht des § 27 GWB geschaffen.

Den aufgezeigten Rechtstechniken liegt der Gedanke zugrunde, daß die in einem Wettbewerbsverhältnis stehenden Unternehmen gezwungen sind, sich gegenseitig in ihren Leistungen zu übertreffen, weil diese Leistungsverbesserungen durch eine stärkere Nach-

1) Sozialprodukt im Sinne der Gesamtleistung der Volkswirtschaft, vgl. Schuster, in HdSW Bd. 9, Sozialprodukt, S. 572.

2) Begr. zum RE des GWB im GK, 1. Aufl., Anlage B, A IV; Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 21, Fußn. 4 und S. 58.

Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 14.

frage auf der Marktgegenseite prämiert werden und damit zur Gewinnmaximierung beitragen.¹⁾ Der Zwang zur ständigen Leistungsverbesserung führt zu laufender Reinvestition der Gewinne, wodurch eine stetige Verbesserung der ökonomischen Leistung bewirkt wird, die ihrerseits wiederum das Wirtschaftswachstum fördert.²⁾

II. Die Rechtstechnik des Patentrechts

Zur Verwirklichung der Funktion "Technischer Fortschritt" bedient sich das Patentrecht eines Ausschließlichkeitsrechtes, das dem Patentinhaber gemäß § 6 PatG ein subjektives Recht³⁾ auf alleinige gewerbliche Verwertung des Erfindungsgedankens gewährt. Dieses Patentrecht verleiht seinem Rechtsträger sowohl ein positives als auch ein negatives Recht.⁴⁾ Auf der einen Seite ist der Patentinhaber befugt, den Erfindungsgedanken einer gewerblichen Verwertung zuzuführen, und auf der anderen Seite stellt ihm die Patentrechtsordnung die Mittel bereit, um Eingriffe in das Patentrecht bzw. Verletzungen des Patentrechts abzuwehren. Durch die Anerkennung dieses "Ausschließlichkeitsrechtes" werden die Konkurrenten des Patentinhabers zu eigener Inventions- und Innovationstätigkeit veranlaßt, um den technologischen Vorsprung des Mitwettbewerbers aufzuholen.⁵⁾

Die Publikation des allgemeinen Erfindungsgedankens und seiner technischen Ausführbarkeit in allen Stadien des Patentprüfungsverfahrens⁶⁾ erzeugt eine weitgehende Markttransparenz auf dem

1) Röpke, Wettbewerb II, in HdSW Bd. 12, 29 (33).

2) Röpke, Wettbewerb II, a.a.O., S. 33.

3) Benkard-Bock/Bruchhausen, Patentgesetz, § 6 Anm. 3, 4; Pleyer, Patent und Wirtschaftsordnung, S. 493 (496).

4) Reimer-Nastelski, Patentgesetz, Vorbem. zu § 6, Rdn. 1; vereinzelt wird in der Literatur angenommen, daß § 6 PatG kein positives Benutzungsrecht gewährt (so z. B. v. Pechmann, Die Grenzen der Ausnahmebestimmungen des § 1 PatG, in GRUR 1959, 441, 448; H. Tetzner, Die vom Patentschutz ausgeschlossenen Erfindungen nach deutschem Recht, in GRUR INT 1960, 107, 108).

5) vgl. die Rede von Peter v. Siemens, abgedruckt in Weidlich/Spengler, Patentschutz in der Wettbewerbswirtschaft, S. 73.

6) Offenlegungsschrift: § 24 Abs. 3, S. 2 Nr. 3 PatG; Auslegungsschrift: § 30 Abs. 3 PatG; Patentschrift: § 24 Abs. 4 PatG.

Gebiet der technologischen Neuerungen. Dadurch leistet der Erfinder einen wertvollen Beitrag zur Dynamisierung der technischen Entwicklung. Denn die Offenbarung gibt den Konkurrenten die Chance, schon frühzeitig die eigenen Forschungs- und Entwicklungsaufgaben so zu koordinieren, daß sie den technischen Vorstoß des Konkurrenten abfangen können.¹⁾

Eine weitere Rechtstechnik, die zur Evolution des technischen Fortschritts beiträgt, ist in dem Umstand begründet, daß das Patentrecht nur eine begrenzte zeitliche Laufdauer hat.²⁾

Nach Ablauf der Patentschutzfrist können sich die Konkurrenten die dem Patent zugrundeliegende technische Erfindungsidee aneignen und für ihre eigenen technologischen Verbesserungen verwenden. Diese Begrenzung der Geltungsdauer des Patents, die dem System der Ausschließlichkeitsrechte zuwiderläuft,³⁾ rechtfertigt sich aus der Überlegung, daß der technische Erfindungsgedanke aus dem allgemeinen Stand der Technik entwickelt wurde und demzufolge auch wieder aus seiner Subjektbezogenheit herausgelöst und der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden soll.⁴⁾

Abschließend sei festgestellt, daß die Schaffung des Ausschließlichkeitsrechts "Patent" das Kernstück der patentrechtlichen Gesetzestechnik darstellt;⁵⁾ es wird jedoch von formellen und materiellen Vorschriften umlagert, die sich ebenfalls als taugliche Mittel erweisen, um die funktionale Zielsetzung des Patentrechts, die u. a. in der Förderung des technischen Fortschritts besteht, zu verwirklichen.

-
- 1) Prahl, Patentschutz und Wettbewerb, S. 72; Zeunert, Offenbarung des beanspruchten Erfindungsgedankens und Schutzzumfang des Patents, S. 2 ff.
 - 2) § 10 Abs. 1 S. 1 PatG: 18 Jahre nach Anmeldung der Erfindung.
 - 3) Dies gilt allerdings nur für die Haupttypen der Ausschließlichkeitsrechte (wie z. B. Eigentum), nicht jedoch für andere gewerbliche Schutzrechte (Gebrauchsmuster-, Geschmacksmusterrecht).
 - 4) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5 V 1, S. 50.
 - 5) Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 12.

III. Vergleich dieser Rechtstechniken

Durch das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" wird für den Unternehmer, der das Patent innehat, auf dem technologischen Sektor eine Exklave begründet, in welche die konkurrierenden Unternehmen mit ihren Marktaktionen nicht eindringen dürfen. Das Gebot, die dem Patentinhaber vorbehaltene Nutzung zu unterlassen, steht im Gegensatz zu den Prinzipien der Wettbewerbswirtschaft, die den Marktteilnehmern eine möglichst weitgehende wirtschaftliche Handlungsfreiheit gewähren. Durch die rechtliche Ausschließlichkeitsstellung¹⁾ des Patentinhabers wird diese wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit eingeengt. Das Ausschließlichkeitsrecht versperrt dem Konkurrenten vorübergehend die Nachahmung der patentierten Erfindung. "Die Freiheit zur Imitation ist jedoch gerade eine der wesentlichen Voraussetzungen des Wettbewerbs."²⁾

Die Antinomie zwischen den Rechtstechniken beider Rechtsgebiete läßt sich auf die Gegensätzlichkeit zwischen den Verfassungsnormen des Art. 2 GG und des Art. 14 GG zurückführen, die insofern nicht im Einklang stehen, als Art. 14 GG den Bestand von bestehenden Rechten schützt, während Art. 2 GG den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit bezweckt. Von der Handlungsfreiheit kann nur solange Gebrauch gemacht werden, wie nicht in die bestehenden Rechte anderer eingegriffen wird.³⁾

Somit läßt sich zunächst einmal nicht leugnen, daß sich die Rechtstechniken des Patentrechts und des GWB dualistisch gegenüberstehen. In dem folgenden Abschnitt soll der Frage nachgegangen werden, ob das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" sich tatsächlich in einer Wettbewerbswirtschaft als Störungsfaktor erweist oder ob es in den durch Wettbewerb geordneten Wirtschaftskreislauf integriert werden kann.

1) Durch das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" wird noch keine Monopolstellung geschaffen; diese Begriffsdifferenzierung zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen "Monopol" wird oft nicht vorgenommen (vgl. Schulte, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften, S. 71).

2) Vgl. Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 23.

3) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 231.

D) Lösung des Konflikts

I. Wertung des GWB-Gesetzgebers

Durch die Rechtsnorm des § 20 Abs. 1 GWB hat der GWB-Gesetzgeber gezeigt, daß er die gewerblichen Schutzrechte in die Wettbewerbsordnung einbezogen hat.¹⁾ Der GWB-Gesetzgeber hat somit angenommen, daß durch das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" die wirtschaftliche Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer eingeengt wird.

II. Überprüfung dieses Ergebnisses mit Hilfe der ökonomischen Erkenntnisse über den Wettbewerbsprozeß

Zur Beantwortung der Frage, ob die Entscheidung des GWB-Gesetzgebers, das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" in die Wettbewerbsordnung einzubeziehen, als richtig zu bezeichnen ist, sollen die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse über den Wettbewerbsprozeß fruchtbar gemacht werden.²⁾ Erst die Analyse des Wettbewerbsprozesses kann eine Antwort auf die Frage geben, ob das Patent als Ausschließlichkeitsrecht in den Wettbewerbsprozeß eingebettet werden kann.

In der Literatur wird überwiegend die Meinung vertreten, daß sich

-
- 1) Vgl. auch Ehlers, Kartellrechtliche Abgrenzung der Verträge über Patente und die sonstigen vertikalen Verträge, in GRUR 1968, 633 (634); Heiseke, Schutz des gewerblichen Eigentums, GRUR INT 1967, 2 (8); Kellermann, Die gewerblichen Schutzrechte im GWB, GRUR 1958, 581; Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 25; Langen, Kartellgesetz, § 1 Anm 92; Magen, Lizenzverträge und Kartellrecht, S. 21; Prahl, Patentschutz und Wettbewerb, S. 164; Schulte, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften, S. 80; BGH GRUR 1961, 627 "Metallspritzverfahren"; BGH NJW 1969, 1247 (1248).
 - 2) Zur Bedeutung ökonomischer Erkenntnisse für die Rechtswissenschaft vgl. Müller-Henneberg, Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, WuW 1968, 659 (660); Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 4 - 32, 60 ff; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 64.

der Wettbewerb als dynamischer Prozeß darstellt.¹⁾ Das dynamische Wettbewerbskonzept zeichnet sich durch das Wechselspiel zwischen den sogenannten "Bahnbrechern" und den "Nachahmern" aus.²⁾ Der Vorstoß einzelner, dynamischer Unternehmen auf dem technologischen Gebiet zwingt die konkurrierenden Unternehmen zur Imitation oder zu eigenen Forschungs- und Entwicklungsprojekten, um durch die kreativen Unternehmen nicht vom relevanten Markt gedrängt zu werden. Selbstverständlich ist diese Konzeption nur ein Denkmodell, das in der Wirklichkeit dadurch gekennzeichnet ist, daß die innovatorischen und die imitativen Phasen des Wettbewerbs nicht hintereinandergestellt sind, sondern weitgehend ineinandergreifen.³⁾

Trotzdem lassen sich unter Zugrundelegung dieses dynamischen Wettbewerbskonzepts Aussagen über den Wirkungsmechanismus des Patents in der Realität des Wirtschaftslebens machen.

Angesichts des Umstandes, daß die Einführung einer technischen Neuerung ein kostspieliger und auch risikobehafteter Prozeß ist,⁴⁾ wird ein Unternehmen in der Regel nur dann die Kosten für die Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten aufbringen, wenn sichergestellt ist, daß die aus den Forschungs- und Entwicklungsarbeiten hervorgehenden Erfindungen nicht sogleich von den

1) Arndt, Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, S. 33 ff; Kartte, Kooperation in der Marktwirtschaft, in BB 1969, 53 (54); Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung nach Art. 86 EWG-Vertrag, S. 93 ff m. w. Nachw.; Willemsen, Wettbewerbstheorie - Wettbewerbspolitik, S. 46, 47; Schumpeter, Der Prozeß der schöpferischen Zerstörung, Monopolistische Praktiken in Wettbewerb und Monopol, S. 173 ff; Kantzenbach, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in Jb. N. St. Bd. 181, S. 139 (206); Hoppmann, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Risikovalität u. Freiheit des Wettbewerbs, in Jb. N. St. Bd. 179, S. 286 (308); Hayek, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, S. 125.

2) Heuss, Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, S. 36.

3) Arndt, Schöpferischer Wettbewerb, S. 39.

4) vgl. Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 35, 42, 43; Downie, The Competitive Process, S. 92; "Innovation is...an expensive process, and its results are never predictable with certainty".

konkurrierenden Unternehmen nachgeahmt werden können.¹⁾ Die Einführung einer neuen Produkt- oder Verfahrenserfindung aufgrund der betrieblichen Forschungs- und Entwicklungsergebnisse bedarf einer gewissen reaktionsfreien Zeit, um zu bewirken, daß das Unternehmen aus seiner Erfindung Gewinne erzielt, die den Kostenaufwand für die der Erfindung zugrundeliegende Forschungs- und Entwicklungsarbeit auszugleichen vermögen und die zur Verwirklichung von zukünftigen Forschungs- und Entwicklungsprojekten eingesetzt werden können.²⁾ Diese reaktionsfreie Zeit wird durch das Patent geschaffen. Es läßt sich somit nicht leugnen, daß das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" eine wichtige Voraussetzung für die Einleitung einer innovatorischen Wettbewerbshandlung und damit den Beginn der schöpferischen Phase innerhalb des dynamischen Wettbewerbszyklusses darstellt.³⁾ Der Patentschutz übt eine Antriebsfunktion auf die Entwicklung des technischen Fortschritts aus und führt die Technologie auf ein immer höheres Entwicklungsniveau.⁴⁾

1) Connor, Zur Verteidigung des Patentsystems, in GRUR 1963, 161 (162); Heiseke, Der Schutz des gewerblichen Eigentums im Streit der Meinungen, in GRUR INT 1967, 2 (3); Lieberknecht, Patente, Lizenzverträge..., a.a.O., S. 158; Mayer, Das Patent zwischen Orthodoxie und Neoliberalismus, in GRUR 1963, 164 (167).

2) Diese Gesichtspunkte gelten allerdings nicht für diejenigen Forschungs- und Entwicklungsprojekte in der Industrie, die mit Hilfe von öffentlichen Mitteln gefördert werden (vgl. Rudzinski, Vom Natriumbrüter bis zur Kabinenbahn, in FAZ v. 15. Nov. 1972. R. berichtet über die Großprojekte, die vom Staat finanziert werden).

3) Prahl, Patentschutz und Wettbewerb, S. 36.

4) Käufer, Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, S. 127, 220; Prahl, Patentschutz..., a.a.O., S. 88; Schulte, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften, S. 70; Spengler, Ist eine friedliche Koexistenz zwischen Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz denkbar? in GRUR 1961, 607 (610); vgl. auch Tookey, Die Reform des britischen Patentrechts, in GRUR INT 1971, 356 (357, 358): "...ist das grundlegende Ziel des Patentsystems, die erfolgreiche industrielle Verwendung von Erfindungen dadurch zu fördern, daß ein Patentinhaber in eine Lage versetzt wird, die ihn ermutigt, das Risiko auf sich zu nehmen, seine Geldmittel für die Entwicklung neuer Erfindungen zu benutzen."

Gegen diese Beurteilung des Patentrechts könnte geltend gemacht werden, daß auch durch ein staatliches Prämiensystem der technische Fortschritt vorangetrieben werden könnte. Nach Meinung der Literatur¹⁾ wäre ein solches Prämiensystem imstande, diejenigen Fälle auszuschalten, in denen "Patente für triviale Vorrichtungen und Geräte ihren Inhabern Millionen erbrachten, während technisch hochbedeutsame Verfahren sich finanziell nicht lohnten." Dabei muß jedoch beachtet werden, daß kaum jemand in der Lage sein wird, sachlich, kritisch und verläßlich die Bedeutung einer Erfindung zu beurteilen. Somit fehlen sichere Bewertungskriterien für die Festsetzung einer angemessenen Vergütung, so daß nicht auszuschließen ist, daß das staatliche Prämiensystem willkürlich ausgeübt wird.²⁾ Deshalb ist es besser, dem Marktmechanismus die Beantwortung der Frage zu überlassen, ob eine Erfindung eine optimale Lösung darstellt und den Konsumentenwünschen entspricht.³⁾

Letztlich ist auch nicht auszuschließen, daß ein staatliches Prämiensystem zu einer Förderung des technischen Fortschritts mit Hilfe von öffentlichen Mitteln führen könnte.⁴⁾

Dann würde die Verwirklichung von Forschungs- und Entwicklungsprojekten zu einer sicheren und risikolosen Angelegenheit für die Industrie. In einer Wettbewerbswirtschaft ist es aber gerade das Element der Unsicherheit über das Gelingen oder Nichtgelingen einer geplanten Investition, die das Unternehmen dazu zwingt, eine sorgfältige Kosten-Nutzen-Analyse durchzuführen, um zu prü-

1) Machlup, Die wirtschaftlichen Grundlagen..., GRUR INT 1961, 373 (377).

2) Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 33.

3) Insoweit entspricht das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" auch dem Gedanken des Leistungsschutzes, auf dem u. a. sowohl das Patentgesetz als auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung beruhen (vgl. Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 32 ff; Grützmacher, Kartellrechtliche Beurteilung der Verwertung technischer Schutzrechte, S. 108 - 140. G. übersieht jedoch, daß beide Rechtsgebiete nicht nur eine "gerechte Einkommensverteilung" anstreben, sondern auch das Ziel verfolgen, den technischen Fortschritt zu fördern).

4) Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 34.

fen, ob die angestrebten technischen Innovationen in einem angemessenen Verhältnis zu den aufgewandten Forschungskosten stehen. Diese, durch das Marktrisiko bedingte, präzise Kosten-Nutzen-Analyse würde weitgehend entfallen, wenn die einzelnen Unternehmen die technischen Neuerungen mit öffentlichen Mitteln entwickeln könnten. Es bestünde sogar die Gefahr, daß die Unternehmen die Entwicklung von Forschungsprojekten verzögern würden, um möglichst lange in den Genuß von staatlichen Forschungsgeldern zu kommen. Um die obengenannten Fehlentwicklungen zu verhüten, müßte daher der Staat die Aufgabe übernehmen, die Forschungs- und Entwicklungsprojekte auszuwählen, die dem allgemeinen Wohl und dem Nutzen des Ganzen am besten dienen. Fraglich ist allerdings, ob die zuständigen staatlichen Stellen über die nötige kritische Urteilskompetenz verfügen, um bestimmen zu können, welche Forschungs- und Entwicklungsprojekte die Ziele verwirklichen können. Außerdem ist zu bedenken, daß dadurch der selbständige Steuerungsmechanismus des Wettbewerbs auf technologischem Gebiet weitgehend ausgeschaltet würde.¹⁾

Damit ist festgestellt, daß die Entscheidung des GWB-Gesetzgebers, die gewerblichen Schutzrechte in seine Wettbewerbskonzeption einzubeziehen, auch unter Heranziehung von wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen über den Ablauf des Wettbewerbsprozesses nicht als fehlerhaft zu bezeichnen ist, und daß die durch das Ausschließlichkeitsrecht erzeugten "Wettbewerbsbeschränkungen" hingenommen werden müssen, um die gemeinsame Zielvorstellung des Patentrechts und des GWB verwirklichen zu können.

III. Beurteilungskriterien für die Beantwortung der Frage, wann unternehmerische Praktiken beim Gebrauch des Patentrechts gegen die Rechtsnormen des GWB verstoßen

Wenn auch im vorhergehenden Abschnitt als Ergebnis festgehalten wurde, daß sich das Patentrecht durchaus in die vom GWB konzi-

1) Besonders Kraft - Kreutz, a.a.O., S. 34 weisen darauf hin, daß eine staatliche Forschungsfinanzierung dem Regulator des Wirtschaftsgeschehens "Wettbewerb" widersprechen würde.

pierte Wettbewerbsordnung integrieren läßt, so ist es dennoch möglich, daß die Unternehmen ihre gewerblichen Schutzrechte zur Verfälschung bzw. Beeinträchtigung der vom GWB angestrebten Zielvorstellungen einsetzen.

Wie KRAFT¹⁾ und KREUTZ²⁾ angedeutet haben, kann es nicht schlecht-hin als richtig bezeichnet werden, solche Praktiken der Unternehmen allein an Hand der vom § 20 GWB festgelegten Beurteilungskriterien zu bewerten.

Wenn dennoch ein großer Teil der Literatur³⁾ die Auffassung vertritt, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsnorm des § 20 GWB zu erkennen gegeben hat, daß der Bestand des Patentrechts nicht vom GWB angetastet, und daß allenfalls die Ausübung der gewerblichen Schutzrechte vom Unwerturteil des GWB erfaßt wird,⁴⁾ so verkennt sie, daß die Bestimmung des § 20 GWB eine Regelung für die vertikalen Verträge im Sinne der §§ 15 - 21 GWB enthält, die nicht ohne weiteres als verbindliche Leitlinie für den Gesamtkomplex des GWB fruchtbar gemacht werden kann. Zwar mag es sich für den Teilkomplex der Austauschverträge als richtig erweisen, den durch das Patentgesetz umrissenen Schutzrechtsinhalt des Patents als Maßstab für zulässige oder unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu verwenden, doch bleibt im Einzelfall zu untersuchen, ob nicht dann andere Beurteilungskriterien herangezogen werden müssen, wenn Patente Gegenstand von kooperativen Verträgen i. S. der §§ 1 ff GWB werden oder wenn mit Hilfe des Ausschließlichkeitsrechts "Patent" eine markt-

1) 2) Patent und Wettbewerb, S. 46.

3) Lieberknecht, Patente, Lizenzverträge..., S. 171; Magen, Lizenzverträge und Kartellrecht, S. 14 ff; Gleiß-Deringer, Patentmonopol und Wettbewerbsfreiheit, in WuW 1952, 346 (351); zum Inhalt des Schutzrechts vgl. Enders, Technisch notwendige Bezugspflichten, S. 22.

4) Auch die EUGH-Rechtsprechung [EUGH RsprGH XIV, S. 86 (113) = NJW 1968, 1061 = JuS 1968, 429 (Parke-Davis and Company)] läßt erkennen, daß die Anwendung des EWG-Kartellrechts vor den gewerblichen Schutzrechten nicht haltzumachen braucht. Unberührt bleibt nach dieser Rechtsprechung lediglich der Bestand dieser Rechte, während ihre Ausübung - soweit sie wettbewerbsbeschränkend wirkt - verboten werden kann. Nach Aussage von SCHLIEDER (Referat gehalten auf dem Internationalen Kongreß "Lizenzen - warum und wie?", über das in der FAZ v. 20. 5. 72, S. 19 berichtet wurde), dem Generaldirektor für Wettbewerb bei der EWG in Brüssel, wird die Unterscheidung zwischen Bestand

beherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 GWB aufgebaut worden ist.¹⁾

Letztlich ist zu beachten, daß die Differenzierung zwischen Bestand und Ausübung des Patentrechts nicht leicht vorzunehmen ist, so daß es im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten dürfte, eine Patentrechtshandlung als Ausübung patentrechtlicher Befugnisse zu bezeichnen, die ja nach Meinung der Literatur allein unter die Kontrolle des GWB fallen soll.²⁾

Deshalb erscheint es angebracht, die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung gewerblicher Schutzrechte fallen zu lassen und die Verwertung technischer Schutzrechte gänzlich an den vom GWB angestrebten Zielvorstellungen zu messen. Das Patentgesetz ist nämlich Teil einer Gesamtrechtsordnung und es ist deshalb notwendig, daß die einzelnen Patentrechtshandlungen an Hand der Zielfunktionen des anderen Teilrechtsgebietes "GWB" auf ihre Wettbewerbswidrigkeit überprüft werden.³⁾

Forts. v. Fußn. 4):

und Ausübung auch künftig das Leitprinzip des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Schutzrechtsverwertung sein.

- 1) vgl. dazu die Ausführungen zu § 1 GWB und § 22 GWB; vgl. auch Grützmacher, Kartellrechtliche Beurteilung der Verwertung technischer Schutzrechte, S. 5.
- 2) Kraft, Nationales Warenzeichenrecht und EWG-Kartellrecht in der Rechtsprechung, in MA 1972, 35 (38).
- 3) Schulte, Lizenzaustauschverträge und Patentgemeinschaften, S. 84, 85; vgl. auch Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 46, 47. K.-K. unterscheiden zwischen der Ausübung patentrechtlicher Befugnisse (unmittelbare Patenthandlungen) und Vereinbarungen im Zusammenhang mit Patenten (mittelbare Patenthandlungen). Unmittelbare Patenthandlungen sollen sich dann als unerwünschte Wettbewerbsverfälschungen darstellen, wenn sie gegen die vom GWB und dem Patentrecht gemeinsam angestrebten Zielfunktionen (Technischer Fortschritt und leistungsgerechte Einkommensverteilung) verstoßen, während die mittelbaren Wettbewerbshandlungen auch an allen übrigen relevanten Wettbewerbsfunktionen zu messen sind. Gegen diese Auffassung ist einzuwenden, daß die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Patenthandlungen nur schwer zu fällen ist. So ist es nicht einzusehen, warum sich der Austausch von nichtausschließlichen Lizenzen zwischen mehreren Unternehmen als mittelbare Patenthandlung darstellt (vgl. K.-K., a.a.O., S. 74, 75). Genauso gut könnte die Vergabe von Lizenzen als Ausübung patentrechtlicher Befugnisse und damit als unmittelbare Patenthandlung anzusehen sein. Im übrigen ergibt sich aber dadurch kein Unterschied zu der

So darf die Verwertung von gewerblichen Schutzrechten nicht dazu führen, daß die von den einzelnen GWB-Rechtsnormen geschützte Wettbewerbsfreiheit von anderen Marktteilnehmern tangiert, oder daß der "Technische Fortschritt" blockiert wird.

IV. Ergebnis

1. Die Zielfunktionen des Patentrechts und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen stimmen insbesondere hinsichtlich der Förderung des technischen Fortschritts überein.
2. Zwischen den Rechtstechniken des GWB und des Patentrechts besteht nur eine scheinbare Disharmonie. Zwar tangiert das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit anderer Marktteilnehmer, doch ist dieses Wettbewerbshemmnis zur Verwirklichung der von beiden Rechtsgebieten angestrebten Zielvorstellungen notwendig.
3. Unternehmerische Praktiken beim Gebrauch des Patentrechts werden dann vom Unwerturteil der Rechtsnormen des GWB erfaßt, wenn sie gegen die vom GWB aufgestellten Zielfunktionen verstoßen.

3. Teil: Rechtsnormen des GWB, die als Rechtsfolge eine Zwangslizenz aufweisen könnten

A) Methodik der Prüfung

NIPPERDEY¹⁾ versteht den Kontrahierungszwang als Verpflichtung, die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt

Forts. v. Fußn. 3):

vom Verfasser dargelegten Konzeption, da nach Ansicht von K.-K. die gemeinsam angestrebten Zielvorstellungen der beiden Rechtsgebiete sich als Mindestschranken für die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit von unmittelbaren Patenthandlungen darstellt. Es ist deshalb anzunehmen, daß im Einzelfall auch die übrigen Wettbewerbsfunktionen herangezogen werden können, um die Wettbewerbswidrigkeit einer unmittelbaren Patenthandlung festzustellen.

- 1) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S. 7.

ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegt wird, mit diesem einen Vertrag bestimmten Inhalts oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen. Diese Definition muß auch für den Begriff der Zwangslizenz gelten, die als besonderer Fall eines Kontrahierungszwanges aufzufassen ist. Die wiedergegebene Definition legt es nahe, alle Rechtsnormen des GWB daraufhin zu prüfen, ob sie die Grundlage für die Erteilung einer Zwangslizenz bilden können. Dabei soll zunächst anhand von "Ausgangsfällen" der Frage nachgegangen werden, inwieweit die rechtsgeschäftliche oder die faktische Ausübung der aus dem Ausschließlichkeitsrecht "Patent" fließenden Befugnisse einzelne Tatbestände des GWB zu erfüllen vermag. Verläuft die Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit positiv, so schließt sich daran die Erörterung des Problems an, ob die Rechtsfolge der betreffenden GWB-Vorschrift die Auferlegung einer Zwangslizenz gestattet.

B) Zwangslizenz nach § 1 iVm § 35 GWB

I. Verhältnis zwischen § 1 GWB und § 20 GWB

1. Die Beantwortung der Frage, ob die kartellrechtliche Zulässigkeit von sogenannten "Patentpools" nicht nur allein nach § 1 GWB, sondern auch anhand des § 20 GWB überprüft werden muß, hängt zunächst einmal davon ab, ob zwischen den Rechtsnormen des § 1 und § 20 GWB ein Konkurrenzverhältnis im Sinne einer Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Im Falle einer Anspruchskonkurrenz stehen die Rechtsnormen unabhängig nebeneinander, während im Falle einer Gesetzeskonkurrenz ein Rechtssatz durch den anderen verdrängt wird, wobei diese Verdrängungskonkurrenz entweder auf Spezialitäts- oder Subsidiaritätsgründen beruhen kann.¹⁾

1) vgl. zu dieser Begriffsbildung, die gerade auf dem Gebiet der Konkurrenzlehre sehr variiert: Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S. 16; Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, S. 71.

Voraussetzung für das Aufstellen eines derartigen Rangverhältnisses ist aber zunächst einmal, daß zwischen den in Betracht kommenden Vorschriften ein Konkurrenzverhältnis im Rechtssinne besteht. Dieses Konkurrenzverhältnis erfordert u. a., daß die wetteifernden Normen einen gemeinsamen Lebenssachverhalt erfassen und einem gemeinsamen rechtspolitischen Zweck dienen.¹⁾

In der rechtswissenschaftlichen Literatur über die kartellrechtliche Problematik der "Patentpools" werden zwei Beispielsfälle angeführt, die sowohl in den Subsumtionsbereich des § 1 als auch des § 20 GWB fallen sollen. Nach NEUMANN²⁾ ist eine derartige zweifache Tatbestandsverwirklichung dann anzunehmen, wenn zwei Hauptbewerber sich verpflichten, zum Zwecke der Aufteilung ihrer Arbeitsgebiete ausschließlich Lizenzen an allen gegenwärtigen und zukünftigen patentierten Erfindungen auszutauschen. Einen anderen Überschneidungstatbestand stellt SCHAMBERGER³⁾ dar. Er soll dann gegeben sein, wenn mehrere Patentinhaber zum Austausch von Lizenzen zu einem gemeinsamen Zweck nur dann bereit sind, wenn sich jeder Beteiligte verpflichtet, eine Mengenbeschränkung für das mit den Patenten in keinem Zusammenhang stehende Produkt P einzugehen. Als gemeinsamer Zweck kommt dabei der Wille der Beteiligten in Frage, die Preise für P hochzuhalten.

NEUMANN führt zu seinem Beispielsfall aus, daß der Lizenz austauschvertrag einerseits gegen § 20 GWB verstößt, da nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 GWB der Lizenznehmer nur zur Lizenzierung von Verbesserungs- oder Anwendungserfindungen verpflichtet werden kann, nicht jedoch zu allen künftigen Erfindungen. Andererseits - so NEUMANN - ist der Lizenz austauschvertrag zwischen den Parteien zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen worden, der den Wettbewerb beschränken und die Marktverhältnisse negativ zu beeinflussen vermag, was zur Folge hat, daß die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB erfüllt sind.

1) Dietz, a.a.O., S. 10, Georgiades, a.a.O., S. 2 ff.

2) Neumann, Der Austausch von Patentlizenzen nach amerikanischen, deutschen und EWG-Kartellrecht, S. 63.

3) Schamberger, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften in kartellrechtlicher Sicht, S. 57, 58.

Unterstellen wir, daß das von NEUMANN gewonnene Ergebnis - Verstoß gegen § 20 GWB und § 1 GWB - richtig ist, so bestehen dennoch gewichtige Bedenken gegen die These, daß der vorliegende Sachverhalt als Überschneidungsfall anzusehen ist. Vielmehr erscheint es angebracht, eine Differenzierung dahingehend vorzunehmen, daß man zwischen dem als Gesellschaftsvertrag im Sinne der §§ 705 ff BGB zu qualifizierenden "Grundvertrag" und den "Ausführungsverträgen" in Form der einzelnen Lizenzverträge, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages abgeschlossen werden, unterscheidet.¹⁾

Der "Grundvertrag" beurteilt sich dann allein nach § 1 GWB, während die "Ausführungsverträge" an den Tatbestandskriterien des § 20 GWB zu messen sind. Die Herausarbeitung der auf verschiedenen Ebenen liegenden rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen verdeutlicht, daß der von NEUMANN dargestellte Sachverhalt keine Kollision zwischen den Rechtsvorschriften des § 1 und § 20 GWB auszulösen vermag. Ebenso verhält es sich mit dem von SCHAMBERGER gebildeten Fall.

In beiden Sachverhalten ist demzufolge kein sich deckender Subsumtionsbereich zwischen den Rechtsnormen des § 1 und § 20 GWB festzustellen, der für das Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses Voraussetzung wäre. Dieses Ergebnis entspricht dem gesetzes-systematischen Aufbau des GWB, der in den §§ 1 - 14 GWB die kooperativen Verträge regelt, während die §§ 15 - 21 GWB den gegenseitigen bzw. Austauschverträgen gewidmet sind. Es ist rechtslogisch ausgeschlossen, daß ein kooperativer Vertrag gleich-

1) Lieberknecht, Verträge über gewerbliche Schutzrechte und sonstige technische Leistungen nach §§ 20, 21 GWB, in DB 1957, 1011 (1015); Bollig, Patentgemeinschaften im GWB, S. 40 verneint eine derartige Differenzierung in Grund- und Ausführungsverträgen. Dem ist nicht zuzustimmen.

zeitig einen Austauschvertrag impliziert.¹⁾

Allerdings läßt sich nicht leugnen, daß sich bei der Beantwortung der Frage, wie Austauschverträge und gesellschaftsähnliche Verträge voneinander abzugrenzen sind, Schwierigkeiten ergeben.

2. Neben dem Problem des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 1 und § 20 GWB erhebt sich die Frage, ob die in der Vorschrift des § 20 GWB getroffenen Regelungen als Interpretationsrichtlinien für die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenz austauschgemeinschaften herangezogen werden können.²⁾ Sollten sich aus § 20 GWB gewisse Auslegungsmaximen herleiten lassen, so könnte z. B. eine Bindung des Lizenznehmers innerhalb einer Lizenz austauschgemeinschaft hinsichtlich der Preisstellung des geschützten Gegenstandes, die gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 2 GWB für den Lizenz austauschvertrag unbedenklich ist, nicht in den Verbotsbereich des § 1 GWB fallen. Es wurde jedoch bereits an anderer Stelle dargelegt, daß die vom Gesetzgeber in § 20 GWB niedergelegte Wertentscheidung keine Geltungskraft für alle vom GWB erfaßten Sachverhalte beanspruchen kann, sondern daß dieser Rechtssatz da-

1) von Godin, Kartellrechtliche Behandlung von Verträgen über gewerbliche Schutzrechte, in GRUR 1958, 64 (65); Grützmacher, Kartellrechtliche Beurteilung der Verwertung technischer Schutzrechte, S. 51; von Hahn, Kartellrechtliche Probleme bei Rücklizenzen, Lizenz austauschverträgen und Patentgemeinschaften, GRUR 1968, 406 (407); Kellermann, Die gewerblichen Schutzrechte im GWB, WuW 1958, 643 (649); Kleim, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 36; Lüdecke-Fischer, Lizenzverträge, S. 738; Müller-Henneberg, im GK, § 1 Rdn 16; Schwartz, Systematischer Aufbau eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere Verhältnis des § 1 und § 10 bis § 13 zu § 15, in GRUR 1952, 475.

2) Bollig, Patentgemeinschaften im GWB, S. 18; Hirsch, Patentrecht und Wettbewerbsordnung, WuW 1970, 99 (132); Philipp Möhring, Die kommende Kartellgesetzgebung und der gewerbliche Rechtsschutz, GRUR 1951, 218 (221); Neumann, Der Austausch von Patentlizenzen..., a.a.O., S. 67; Sander, Die einfache Patentgemeinschaft im GWB, WuW 1959, 499 (503).

rauf angelegt ist, eine Lösung für den speziellen Tatbestand der Austauschverträge (§§ 15 ff. GWB) bereitzustellen.¹⁾ Demnach ist es durchaus möglich, daß eine in einem Lizenzvertrag getroffene Abrede, die nach § 20 GWB unbedenklich ist, in einer Lizenz austauschgemeinschaft die Erfordernisse des § 1 GWB erfüllt und damit unwirksam ist.

II. Ausgangsfälle

1. Fall: Mehrere Unternehmen schließen einen Lizenz austauschvertrag²⁾ ab, in welchem sie vereinbaren, daß sie auf dem Gebiet der X-Produktion in Fragen der Patentpolitik zusammenarbeiten wollen, um u. a. Doppelarbeit und Patentstreitigkeiten zu vermeiden. Der Vertrag enthält die Bestimmung, daß alle Partner sich verpflichten, einander an ihren auf dem Gebiet der X-Produktion bestehenden und während der Dauer des Vertrages entstehenden inländischen Patenten nichtausschließliche Lizenzen zu erteilen. Außerdem gehen die Vertragspartner die Verpflichtung ein,

1) vgl. auch die Ausführungen auf S. 19 ff.

2) Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die Frage, inwieweit "einfache Patentgemeinschaften" als Kartellvertrag im Sinne des § 1 GWB zu qualifizieren sind. Von der Untersuchung ausgeschlossen werden demzufolge die Forschungsgemeinschaften und die "durchgeführten Patentgemeinschaften". Im Gegensatz zur "einfachen Patentgemeinschaft", bei der die einzelnen Mitglieder Inhaber ihrer eigenen Patente bleiben und lediglich in Gestalt von Lizenzverträgen den anderen Beteiligten die gewerbliche Verwertung der Patente gestatten (Magen, Lizenzverträge und Kartellrecht, S. 56), wird bei der sogenannten "durchgeführten Patentgemeinschaft" eine selbständige juristische Person gebildet, auf welche die Mitglieder der Patentgemeinschaft ihre Patente übertragen oder der sie eine ausschließliche Lizenz an ihren Patenten einräumen (Magen, a.a.O., S. 56; zur ausschließlichen Lizenz vgl. Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, § 9 und Anm. 7). Diese selbständige juristische Person kann entweder als Funktionsgemeinschaft oder als Gemeinschaftsunternehmen ausgebildet sein (vgl. Schamberger, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften in kartellrechtlicher Sicht, S. 4 ff.).

einander ihre Kenntnisse und Erfahrungen, die sie auf dem Gebiet der X-Produktion bei Inkrafttreten des Vertrages besitzen und später erlangen, unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

2. Fall: Gegenüber dem ersten Ausgangsfall ist insofern eine Veränderung zu verzeichnen, als der Lizenz austauschvertrag die Verpflichtung der Vertragsparteien enthält, keine Lizenzen an den bestehenden und künftig entstehenden Patenten an Dritte zu vergeben.

III. Tatbestandsmäßigkeit der Lizenz austauschverträge im Sinne des § 1 GWB

Der Tatbestand des § 1 GWB ist dann erfüllt, wenn

- a) mehrere Unternehmen einen Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck abschließen,
- b) der Vertrag eine Beschränkung des Wettbewerbs zum Gegenstand hat,
- c) die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen beeinflußt werden.

1. Mit dem Lizenz austauschvertrag verfolgen die Unternehmen dann einen gemeinsamen Zweck, wenn sie sich zu einem gesellschaftlichen oder gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnis zusammengeschlossen haben, durch welches sie sich verpflichten, einen gemeinschaftlichen Zweck durch einander ergänzende Beiträge zu fördern; dabei genügt jeder Vertragszweck.¹⁾ Durch die in den Ausgangsfällen dargestellten Lizenz austauschverträge wird allen Mitgliedern die Nutzungsmöglichkeit der Patente gewährt, um die vertraglich vereinbarten Zwecke - Vermeidung von Doppelarbeit und von Patentstreitigkeiten - gemeinsam zu verwirklichen. Die Lizenz austauschverträge sind demnach als Verträge zu einem

1) BKartA WuW/E 1351 (1352) - Tubenhersteller; BGH WuW/E 359 (361) - Glasglühkörper; BGH WuW/E 605 (607) - Flußspat; BGH WuW/E 810 (814) - Zimcofot; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz 8.

gemeinsamen Zweck zu qualifizieren.¹⁾

2. Zur Beantwortung der Frage, ob die Lizenzaustauschverträge eine Wettbewerbsbeschränkung beinhalten, wird die überwiegend vertretene "Gegenstandstheorie" zugrundegelegt, wonach die Beschränkung des Wettbewerbs Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung sein muß.²⁾

De lege lata muß auf die "Gegenstandstheorie" abgestellt werden,³⁾ obwohl nachgewiesen ist, daß sie eklatante Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt nicht zu erfassen vermag.⁴⁾

-
- 1) Schamberger, Lizenzaustauschverträge und Patentgemeinschaften in kartellrechtlicher Sicht, S. 67; Schulte, Lizenzaustauschverträge und Patentgemeinschaften, S. 99, 171; vgl. auch Erman-Schulze-Wenck, Kommentar zum BGB, Vorbem. 2 b aa) zu § 705. Der gemeinsame Zweck braucht nicht auf die Verwirklichung einer Wettbewerbsbeschränkung gerichtet zu sein. Die ratio legis des § 1 GWB ist es nämlich, solche Vereinbarungen zu verhindern, die objektiv zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen können. Der Gesetzgeber wollte die Anwendbarkeit dieser Vorschrift bewußt nicht davon abhängig machen, daß die am Vertrag Beteiligten eine wettbewerbsbeschränkende Absicht verfolgen (vgl. Merle, Marktinformationsverfahren, S. 24 ff).
 - 2) Benisch, Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen..., in DB 1969, 247; ders., Kooperationsfibel, S. 71; Halbey, Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB, in JurA 1970, 34 (46); Maul, Das open-price-System und § 1 GWB, in WRP 1965, 208 (213); BKartA WuW/E 575 (576) - "Freiwillige Ketten" - BKartA WuW/E 908 (909) - "Preislisten"; a. A. Vertreter der Folgentheorie: Benkendorff, Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung, in WRP 1962, 313 (319).
 - 3) vgl. hierzu insbesondere Beines, Erweiterung der kartellrechtlichen Grenzen einer unternehmerischen Kooperation, S. 25 - 29.
 - 4) Hoppmann, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in DB 1970, 93 (94 ff); Säcker, Von der Sicherung der Freiheit..., a.a.O., S. 69 - 90.

Inwieweit die Lizenz austauschverträge eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen, hängt von der Definition des Tatbestandsmerkmals "Wettbewerb" ab.¹⁾ Bei allen Versuchen, den Wettbewerbsbegriff einer präzisen Definition zuzuführen, ist zu beachten, daß sich die Umschreibung des Merkmals "Wettbewerb" an dem Sinn und Zweck des § 1 GWB auszurichten hat.²⁾

a) Wesentlicher Anknüpfungspunkt für die Präzisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs ist somit die Frage, ob § 1 GWB den Wettbewerb wegen seiner gesamtwirtschaftlichen Funktion, den "guten" ökonomischen Ergebnissen, oder seiner gesellschaftspolitischen Funktion, Sicherstellung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit, schützt;³⁾ letztlich besteht auch die Möglichkeit, daß § 1 GWB beide Zielfunktionen gemeinsam verwirklichen will. Welche Schutzrichtung § 1 GWB aufweist, wird in der folgenden Untersuchung mit den herkömmlichen Methoden der juristischen Hermeneutik bestimmt.⁴⁾

1) Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung..., a.a.O., S. 122.

2) Baur, Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in ZHR 134, 97 (117).

3) vgl. dazu die Übersicht bei Jäger, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 GWB, S. 58, 59; Sauter, Der Begriff "Wettbewerb" im UWG und im GWB, S. 74 ff. Hiermit sollen nicht die auf S. 7 gemachten Aussagen wiederholt werden; während auf S. 7 die Zielvorstellungen des GWB in seiner Gesamtheit untersucht wurden, wird jetzt auf die Funktionen abgestellt, die dem Wettbewerb in § 1 GWB angelegt sind.

4) Die grammatische und die teleologische Auslegungsmethoden sollen ausgeklammert werden, da sie für die Bestimmung des Schutzgegenstandes nichts herzugeben vermögen. Im Gegensatz zur gesetzessystematischen haftet der teleologischen Interpretationsmethode die Gefahr an, daß sie wegen der Vielschichtigkeit des Wettbewerbsbegriffs dazu benutzt wird, um vorgefaßte Ordnungsvorstellungen in das Auslegungsergebnis einfließen zu lassen. So würde es keine Schwierigkeiten bereiten, aufzuzeigen, daß der Wettbewerb eine zweifache Zielsetzung hat (vgl. z. B. Röpke, Die Planifikation, FAZ vom 20. Juli 1963, S. 5).

aa) Historische Auslegungsmethode

Zur Feststellung des Gesetzeszwecks vermag in der Regel die Entstehungsgeschichte des Gesetzes beizutragen.¹⁾ Aus der Regierungsbegründung zum GWB²⁾ ist zu entnehmen, daß der Wettbewerb eine Doppelfunktion zu erfüllen hat: Er soll sowohl die Handlungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich sicherstellen als auch gesamtwirtschaftliche Belange verwirklichen.³⁾ Wegen der Tatsache, daß die Literatur⁴⁾ aus den Gesetzesmaterialien unterschiedliche Auslegungsergebnisse gewinnt, was nicht gerade für die der Entstehungsgeschichte zugedachte Aussagekraft spricht, und unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die sozialen und wirtschaftlichen Organismen einer permanenten Veränderung ausgesetzt sind, kann der Aussage des Gesetzgebers jedoch nur eine Indizwirkung beigemessen werden.⁵⁾

bb) Gesetzessystematische Auslegung

Um die Zielsetzungen des Wettbewerbs festzustellen, könnte die Berücksichtigung der Stellung des § 1 GWB innerhalb des Gesamtkomplexes der GWB-Normen eine wertvollere Orientierungshilfe geben. Diese Auslegungsmaxime beruht auf dem Gedanken, daß eine Gesetzeskodifikation keine bloße Aneinanderreihung von singulären

1) Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 52 ff; Lorenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 308 ff.

2) Begr. zum Regierungsentwurf, abgedr. im GK, 1958, S. 1057.

3) vgl. auch die Begründung zur 2. Novelle des GWB, abgedruckt bei Raiser, Ökonomen im Bundeskartellamt..., in BB 1972, 471 (473); zur näheren Präzisierung der gesamtwirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Zielsetzung vgl. Säcker, Von der Sicherung der Freiheit, a.a.O., S. 42, 43; Röpke, Wettbewerb II, in HdSW Bd. 12, S. 29 (32).

4) Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, in WuW 1961, 764 (768); Jäger, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 GWB, S. 59; Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung..., a.a.O., S. 9. Sie entnehmen aus den Gesetzesmaterialien, daß § 1 GWB den Wettbewerb wegen seiner ökonomischen Vorteilhaftigkeit schützt; a. A. Biedenkopf, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, S. 14.

5) Köhler, Vom Wert der Gesetzesmaterialien im Kartellrecht, in NJW 1967, 2188 (2189); Köhler weist darauf hin, daß gegenüber den Aussagen des Gesetzgebers in den Motiven Vorsicht geboten sei.

Rechtsvorschriften darstellt, sondern eine Normeneinheit bildet, die erst durch ihr Zusammenspiel die beabsichtigten funktionalen Zielsetzungen des Gesetzes zu erfüllen vermag.¹⁾

Da die §§ 1 - 8 GWB eine solche Einheit bilden und infolge ihrer Interdependenz einen sich in der Wirkungsweise ergänzenden Ordnungsmechanismus bereitstellen,²⁾ ist das Verhältnis zwischen der Grundsatznorm des § 1 GWB und den Ausnahmevorschriften der §§ 2 - 8 GWB daraufhin zu analysieren, ob es bestimmte Wertungsgesichtspunkte zur Festlegung des Schutzobjekts des Wettbewerbs aufweist.

Der Grundtatbestand des § 1 GWB geht davon aus, daß der Wettbewerb als Ordnungselement für die wirtschaftlichen Geschehensabläufe dazu geeignet ist, unter Gewährung wirtschaftlicher Handlungsfreiheit optimale ökonomische Ergebnisse herbeizuführen. Dem Wettbewerb obliegt demnach die Aufgabe, die individuelle Freiheit der Unternehmenseinheiten auf den gesamtwirtschaftlichen Nutzen abzustimmen. So fördert der Wettbewerb z. B. das Wirtschaftswachstum dadurch, daß der durch die Wahlfreiheit der Marktgegenseite auf die anbietenden Unternehmen erzeugte Konkurrenzdruck dafür sorgt, daß die Preise für die auf dem Markt angebotenen Güter infolge verbesserter Produktionstechniken fallen, wodurch nunmehr Einkommensbeträge für neue Bedürfnisse frei werden, die im Laufe der industriellen Entwicklung geschaffen werden.³⁾ Die Rechtsnorm des § 1 GWB wird somit durch den Gedanken geprägt, daß zwischen dem "Freiheitsschutz" und der "Gewinnung" guter ökonomischer Ergebnisse kein Zielkonflikt besteht.⁴⁾

Die Ausnahmevorschriften zu § 1 GWB verdeutlichen jedoch, daß in einigen Fällen eine derartige Zielkongruenz nicht vorliegt.⁵⁾

1) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 245.

2) Klaue, Zum gemeinsamen Zweck in § 1 GWB, in BB 1964, 538 (539).

3) Heuß, Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, S. 58.

4) Diese Feststellung gilt vorerst noch als Arbeitshypothese; sie wird auf den folgenden Seiten belegt.

5) Biedenkopf, Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, in BB 1966, 1113 (1118).

Die Rechtstechnik, der sich der Gesetzgeber bedient, um dieser Zielantinomie Rechnung zu tragen, ist einmal das "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt", welches zum klassischen Bestand des deutschen Verwaltungsrechts gehört,¹⁾ und zum anderen die "Erlaubnis mit Widerrufsvorbehalt". Grundsätzlich wird allen vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen durch § 1 GWB die Wirksamkeit versagt, wovon einzelne Vorschriften dann eine Ausnahme machen, wenn die Beschränkungen des Wettbewerbs aus gesamtwirtschaftlichen Gründen geboten erscheinen.²⁾

Neben den wettbewerbsbeschränkenden Verträgen, die dem "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" unterliegen, gibt es vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen, die lediglich der Anmeldung beim Bundeskartellamt bedürfen.³⁾ Die Erlaubnis zu solchen "Kartellen" kann

1) Friauf, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, in JuS 1962, 422.

2) z. B. § 4 GWB - Strukturkrisenkartell; § 5 Abs. 2 GWB - Rationalisierungskartell - vgl. dazu die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf, abgedruckt bei Dörinkel, Die neuen Bestimmungen im GWB, in NJW 1965, 2321 (2322), in welcher es heißt: Die fortschreitende Integration der Märkte und der damit verbundene Strukturwandel stellen insbesondere die kleinen und mittleren Unternehmen vor die Aufgabe, sich durch Rationalisierung ihrer Betriebe wettbewerbsfähig zu halten; § 7 - Importkartell - Es beruht auf dem Gedanken der gegengewichtigen Marktmacht (vgl. Sölter, Abwehrkartelle und Gegengewichtsprinzip, in DB 1964, 1251 ff); § 8 Abs. 1 - Generalausnahmekartell - Durch diese Ausnahmenvorschrift wird dem BWiMin z. B. die Möglichkeit eröffnet, die dem Wettbewerb innewohnende Auslesefunktion außer Kraft zu setzen, um einen Wirtschaftszweig aus strukturalpolitischen Gründen zu erhalten, der ansonsten einem ständig zunehmenden Verdrängungswettbewerb ausgesetzt wäre; vgl. dazu das Kohle-Öl-Kartell vom 20.12.1958, in welchem sich die Mineralölkonzerne auf Anregung des BWiMin zu gewissen Selbstbeschränkungen in Bezug auf Preis, Werbung usw. auf dem Heizölmarkt verpflichteten; gesamtwirtschaftliche Rechtfertigung für diese Kartellierung war die Absatzkrise des Steinkohlenbergbaus (Biedenkopf, Zur Selbstbeschränkung..., a.a.O., BB 1966, 1113).

3) § 2 GWB - Konditionenkartell; § 3 GWB - Rabattkartell - vgl. dazu die auf gesamtwirtschaftliche Belange abstellende Begründung des BGH, in NJW 1964, 925 (927); § 5 Abs. 1 GWB - Normen- und Typenkartell -; § 6 Abs. 1 GWB - reines Exportkartell.

jedoch vom BKartA widerrufen werden.¹⁾

Aus dieser Gesetzessystematik ergibt sich, daß die wirtschafts-
politischen Rechtfertigungsgründe für Wettbewerbsbeschränkungen
in den §§ 2 ff GWB eine abschließende Enumeration erfahren ha-
ben.²⁾ Nur auf diesem Wege wird sichergestellt, daß die aus Grün-
den der ökonomischen Vorteilhaftigkeit zugelassenen wettbewerbs-
beschränkenden Kartelle der Publizitätspflicht³⁾ und damit der
öffentlichen Nachprüfbarkeit⁴⁾ unterliegen, daß die Interessen

1) vgl. §§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 3, 5 a Abs. 3 GWB.

2) so auch Säcker, Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, in BB 1967, 681 (687); daß ein über den Anwendungsbereich der §§ 2 - 8 GWB hinausgehender Freistellungstatbestand aus gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht gegeben sein kann, verdeutlichen auch die Änderungsvorschläge des BWiMin zum § 1 GWB. Ausgehend von der Überlegung, daß Kooperationsverträge zwischen kleineren und mittleren Unternehmen, durch welche sich die beteiligten Unternehmen in ihrer wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit beschränken, eine Leistungssteigerung herbeizuführen vermögen [vgl. Hoppmann, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in DB 1970, 93 (97)], hat das BWiMin vorgeschlagen, den § 1 a GWB in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen einzufügen: "§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die zu einer nur unwesentlichen Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse geeignet sind". Diese Rechtsnorm wäre dann nicht notwendig, wenn § 1 GWB den Wettbewerb nur deshalb schützt, weil er gesamtwirtschaftlich günstige Ergebnisse hervorbringt (vgl. dazu auch Barnickel, Sind die kartellrechtlichen Erleichterungen für die Zusammenarbeit der Unternehmen ausreichend? in WuW 1971, 365 ff). A. A. Rieger, Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbots, S. 127 ff (130).

3) vgl. §§ 9, 10 GWB.

4) Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, § 9 Rdn 1.

der durch die Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Personenkreise gewahrt werden,¹⁾ und daß der Kartellbehörde die Möglichkeit eingeräumt wird, die genehmigten Kartelle durch die Mißbrauchsaufsicht zu überwachen.²⁾

Diese Publizitäts-, Überwachungs- und Mißbrauchsvorschriften werden dann unterlaufen, wenn der Meinung eines Teils der Literatur³⁾ gefolgt wird, die den Schutzzweck des Wettbewerbsbegriffs in § 1 GWB ausschließlich in der Verwirklichung guter ökonomischer Resultate sieht. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht könnte die Bildung von Kartellen auf polypolistischen Märkten zugelassen werden, um die Marktform des weiten Oligopols mit unvollkommener Produkthomogenität und Markttransparenz zu erhalten, die nach KANTZENBACH⁴⁾ eine optimale Wettbewerbsintensität und damit gute ökonomische Marktergebnisse garantiert. Dadurch aber wird ein weiterer Freistellungstatbestand geschaffen, der von den obengenannten "Sicherungskautelen" nicht erfaßt wird und infolgedessen nicht in den Ordnungsmechanismus der §§ 2 - 14 GWB eingebettet werden kann.⁵⁾

Die Auffassung hingegen, die den Wettbewerb in § 1 GWB nur deshalb als schützenswert erachtet, weil er zur Verwirklichung des

1) vgl. §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 und § 8 Abs. 3 GWB.

2) vgl. § 11 Abs. 5 Nr. 2 GWB und § 12 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

3) so Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, in JZ 1956, 267 (271); Möhring, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, in WuW 1954, 387 ff; Sauter, Der Begriff "Wettbewerb" im GWB und UWG, S. 103; Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, in WuW 1957, 75 (81); Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in WuW 1953, 721 (731).

4) Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 145: "Eine zweckrationale Wettbewerbspolitik kann nur darauf gerichtet sein, bei unteroptimaler potentieller Wettbewerbsintensität diese zu erhöhen. Dieses kann erstens dadurch geschehen, daß durch die Förderung der Unternehmenszusammenschlüsse die Zahl der Anbieter verringert und dadurch die Interdependenz zwischen ihnen erhöht wird...die Verringerung der Konkurrentenzahl führt zu steigender Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs."

5) Auch Halbey lehnt die Auffassung ab, die dem § 1 GWB eine wirtschaftspolitische "rule of reason" unterschreiben will. [Halbey, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Werbebeschränkungen nach § 1 GWB, in WRP 1967, 77 (79)]_7.

gesellschaftspolitischen Zielkomplexes - Schutz vor privater kollektiver Marktmacht - beiträgt,¹⁾ verkennt, daß der Gesetzgeber durch die Schaffung der Ausnahmenvorschriften zum Ausdruck gebracht hat, daß die Institution "Wettbewerb" in der Regel die gewünschten wirtschaftspolitischen Ziele zu verwirklichen vermag, und daß es dem Wettbewerb nur in Ausnahmefällen nicht möglich ist, die ihm angetragenen gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen zu verifizieren.

Die gesetzessystematische Betrachtungsweise ergibt demnach, daß § 1 GWB vom Grundsatz der Zielharmonie zwischen der gesamtwirtschaftlichen und der gesellschaftspolitischen Komponente bestimmt ist. Schutzgut des § 1 GWB ist demnach einmal der Wettbewerb als Institution und zum anderen die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer (Kunden, Lieferanten und Mitwettbewerber) im wirtschaftlichen Bereich. Allerdings wird nicht die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der Kartellbeteiligten geschützt, denn die Rechtsordnung kann nicht diejenigen vor der Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsfreiheit schützen, die durch Vertrag freiwillig auf sie verzichtet haben und die überdies gemäß § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB für ihr Verhalten "bestraft" werden. Die Rechtsnorm des § 1 GWB verbietet den Kartellbeteiligten vielmehr deshalb die Bildung einer privaten kollektiven Marktmacht, um dadurch die Wettbewerbsfreiheit von Mitwettbewerbern, Lieferanten und Kunden zu schützen. Diese Konzeption

1) so Baur, Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in ZHR 134, 97 (134, 135); vgl. auch Säcker, Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstandes?, S. 59: "Verwirklichung und Sicherung der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung und der auf der Prämisse der Machtgleichheit aller Privatrechtssubjekte basierenden freiheitlichen Privatrechtsordnung gebieten grundsätzlich die Prädominanz des gesellschaftspolitischen Zielkomplexes des GWB vor ökonomischen, wachstumspolitischen Zielvorstellungen." Säckers Auffassung, daß das GWB eine der Grundlagen jeder Privatrechtsordnung insoweit sichert, als die Vertragsfreiheit als Abschluß - (Auswahl-) und Gestaltungsfreiheit nur dann funktioniert (i. S. der Verwirklichung eines Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien), wenn Ausweichmöglichkeiten (= Wettbewerb) bestehen, ist zuzustimmen. Gegen die Argumentationsweise Säckers ist jedoch einzuwenden, daß er Wertvorstellungen aus dem Verfassungsrecht, die für das Verhältnis Bürger-Staat sicherlich Geltungskraft beanspruchen können, in das GWB überträgt, ohne den Versuch zu unternehmen, zu prüfen, ob sie tatsächlich mit den Zielsetzungen des GWB in Einklang zu bringen sind. (Zur bedenkenlosen Anwendung von grundgesetzlichen Rechtsnormen auf das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen vgl. die kritische Anm. von Rupp, Markttransparenz und Recht, in WuW 1966, 737).

läßt keinen, über die §§ 2 - 8 GWB hinausgehenden, Freistellungstatbestand zu, da alle kooperativen Verträge zwischen Unternehmen nicht allein danach beurteilt werden, ob sie gute ökonomische Ergebnisse liefern, sondern auch daraufhin überprüft werden, ob sie eine kollektive Marktmacht schaffen. Eine vertragliche Vereinbarung, die zu einer wirtschaftlichen Kollektivmacht führt, fällt trotz Erzielung optimaler ökonomischer Ergebnisse in den Subsumtionsbereich des § 1 GWB.¹⁾ Außerdem werden bei Zugrundelegung der vorgenannten Betrachtungsweise nicht die Publizitäts-, Überwachungs- und Mißbrauchsvorschriften der §§ 2 ff GWB außer Kraft gesetzt.²⁾

b) Nunmehr soll geprüft werden, welche Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes den festgestellten Zielfunktionen Rechnung zu tragen vermag. Dabei werden auch die wettbewerbspolitischen Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft herangezogen, da ohne deren Be-

1) Auch in der amerikanischen Antitrustrechtsprechung haben die wirtschaftlichen Marktergebnisse keine Bedeutung für die rechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. dazu Säcker, Von der Sicherung der Freiheit..., a.a.O., S. 46 m. w. Nachw.).

2) Für die doppel funktionale Zielsetzung des Wettbewerbsbegriffes in § 1 GWB haben sich ausgesprochen: Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, in WuW 1959, 465 (470, 471); Biedenkopf, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, S. 11 ff; Ehle, Zivilrechtsschutz bei verbotswidrigen Empfehlungen, in DB 1963, 611 (612); Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 307; Griesbach, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des GWB, in BB 1962, 1011 (1013); Günther, Wettbewerbspolitik in der freien Gesellschaft, in WuW 1964, 111 (117); derselbe, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, in WuW 1960, 747 (753, 754); Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftlich praktikablen Definition des Wettbewerbs, S. 21; derselbe, Zum Schutzobjekt des GWB, S. 98, 103; Koenigs, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, in GRUR 1958, 589 ff; derselbe, Wechselwirkungen zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbs, in NJW 1961, 1041 (1042); Knöpfe, Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, in WuW 1962, 159; Weber, Die Aufhebung von Kartellen wegen Mißbrauchs der Freistellung von § 1 GWB, S. 27 ff: Nach Weber hat die freiheitliche Zielsetzung des GWB im Kollisionsfall jedoch Vorrang vor der volkswirtschaftlichen Zielsetzung.

rücksichtigung Funktion und Wirkungsweise der wettbewerblichen Normen nicht zureichend erfaßt werden können.¹⁾

aa) In der Literatur²⁾ wird überwiegend der von BORCHARD-FIKENTSCHER³⁾ entwickelte Wettbewerbsbegriff vertreten, wonach "der Wettbewerb das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsbedingungen ist." Für den Normenbereich des § 1 GWB ist dieser Wettbewerbsbegriff jedoch unbrauchbar, da ein Kartellvertrag von den beteiligten Unternehmen gerade zwecks Maximierung ihres Gewinnstrebens abgeschlossen wird.⁴⁾ Dieser Umstand dürfte die herrschende Meinung in der Literatur⁵⁾, die Rechtsprechung⁶⁾ und das BKartA⁷⁾ dazu bewogen haben, bei der Qualifizierung des

-
- 1) vgl. dazu oben, S. 14; vgl. auch Sandroock, Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, in WuW 1971, 858 (862 ff); Ulmer, Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht, in WuW 1971, 878 ff.
 - 2) Fikentscher, Neuere Entwicklungen..., a.a.O., in WuW 1961, 788 (798); derselbe, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 39; Götz/Rieger, Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht, in JuS 1968, 393 (395); Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs..., a.a.O., S. 202 ff; Müller-Gries-Giessler, § 1 Rdn 78.
 - 3) Borchard-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 15.
 - 4) Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb"..., a.a.O., S. 129; BGH WuW/E 906 (914) - "Fensterglas VI" - m. w. Nachw.
 - 5) Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, in WuW 1960, 842 (844); Merle, Marktinformationsverfahren und § 1 GWB, S. 45; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdn 29; derselbe, Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, in WuW 1968, 659 (667); Schmidt, Beseitigung des Ungleichgewichts im GWB zwischen Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme und Zustand, in ZHR 135, 193 (194); vgl. auch § 1 Abs. 3 GWB des Regierungsentwurfs zur zweiten Novelle des GWB, abgedruckt bei Büttner, Kartellvertrag und Kartellverhalten, in WuW 1971, 690 (691).
 - 6) BGH WuW/E 605 (610) - "Flußspat".
 - 7) BKartA WuW/E 1179 (1184) - "Farbenhersteller"; BKartA WuW/E 1369 (1370) - "Aluminium-Halbzeug".

Tatbestandsmerkmals "Wettbewerbsbeschränkung" von dem ursprünglich formulierten Wettbewerbsbegriff abzuweichen und eine Beschränkung des Wettbewerbs dann anzunehmen, wenn die Kartellbeteiligten auf die Freiheit zur Vornahme von wettbewerbsrelevanten Handlungen verzichten. Es widerspricht jedoch den logischen Gesetzen, den Wettbewerb einerseits als Streben nach Geschäftsverbindung mit Dritten durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsverbindungen zu definieren und andererseits eine Wettbewerbsbeschränkung dann zu bejahen, wenn die dem Kartell angehörenden Unternehmen durch vertragliche Vereinbarung ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit einschränken. Diese Inkongruenz ließe sich nur dann vermeiden, wenn das Vorliegen von Wettbewerb mit Hilfe des Kriteriums der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit diagnostiziert werden könnte. Der Hinweis auf die Marktform des Monopols, in welcher der Monopolist die weitestgehende Handlungsfreiheit besitzt, genügt jedoch, um diesen Versuch zur Umschreibung des Wettbewerbsbegriffs als fehlsam zu bezeichnen.¹⁾

Der von BORCHARD-FIKENTSCHER begründete Wettbewerbsbegriff vermag zudem nicht das dem Wettbewerb immanente Spannungsverhältnis, welches durch das Wechselspiel zwischen den initiativen und reaktiven Wettbewerbshandlungen erzeugt wird, zu erfassen, das die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs bewirkt,²⁾ die für das gesamtwirtschaftliche Wachstum von entscheidender Bedeutung sind.³⁾ Damit genügt diese Wettbewerbsdefinition nicht der normativen Zielsetzung des § 1 GWB, die u. a. in der Verwirklichung

-
- 1) Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung..., a.a.O., S. 84; Knöpfle, Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, in WuW 1962, 159 (170).
 - 2) Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 17: Die dynamischen Funktionen sind:
 - a) laufende Anpassung der Produktionskapazitäten an außerwirtschaftliche Daten, insbesondere an die sich ständig ändernde Nachfragestruktur und Produktionstechnik;
 - b) Beschleunigung und Durchsetzung des technischen Fortschritts.
 - 3) Bombach, Wirtschaftswachstum, in HdSW Bd. 12, S. 763 (797); Görgens, Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, S. 217.

guter ökonomischer Ergebnisse besteht.

bb) BAUR¹⁾ umreißt den unbestimmten Rechtsbegriff "Wettbewerb" in der Weise, daß er den funktionalen Zusammenhang zwischen dem zu untersuchenden Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb" und den übrigen Tatbestandskriterien des § 1 GWB herstellt. Kennzeichnend für die Arbeitsmethode von BAUR ist demnach, daß er die Bandbreite der kartellverdächtigen Wettbewerbs-handlungen aus den Tatbestandsmerkmalen entnimmt, die den Wettbewerbsbegriff umlagern, insbesondere aus dem Tatbestandsmerkmal "Eignung zur Marktbeeinflussung", einem Tatbestandselement, dem er wiederum durch die Zwecksetzung des Wettbewerbsbegriffs, die nach BAUR in dem Schutz der Marktteilnehmer vor übermäßiger Marktmacht besteht, schärfere Konturen verleiht. Als Folge der kausalen Verknüpfung der Tatbestandselemente "Wettbewerbsbeschränkung" und "Beeinflussung der Marktverhältnisse" gelangt BAUR zu dem Ergebnis, daß generell wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dann vorliegen, wenn letztere typischerweise geeignet sind, "die Stellung der Marktteilnehmer (Kunden, Lieferanten, Außenseiter) auf dem Markt dadurch zu verschlechtern, daß ihnen beim Aus-handeln der Verträge bzw. beim Werben um die Kunden wirtschaftliche Kollektivmacht entgeht."²⁾ Auf dieser Basis bildet BAUR dann einen Typenkatalog generell wettbewerbsbeschränkender Verträge.

Die Tatsache, daß BAUR den Wettbewerbsbegriff mit Hilfe der übrigen Tatbestandselemente des § 1 GWB umschreibt, wirft die berechnigte Frage auf, ob BAUR dem Merkmal "Wettbewerbsbeschränkung" innerhalb des § 1 GWB eine eigenständige Aussagekraft abspricht. Die Annahme, daß BAUR dieses Tatbestandsmerkmal als Pleonasmus ansieht, ist jedoch unbegründet, weil er das Schutzobjekt des Wettbewerbs - Verhinderung der Entstehung privater kollektiver Marktmacht - dazu benutzt, um Bedeutung und Tragweite des Rechtsbegriffs "Eignung zur Marktbeeinflussung" zu charakterisieren.³⁾ Dabei verkennt BAUR, daß der Wettbewerb

1) Baur, Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in ZHR 134, 97 ff.

2) Baur, Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in ZHR 134, 97 (135).

3) Baur, a.a.O., S. 134.

in § 1 GWB nicht nur wegen seiner machterstörenden Funktion, sondern auch wegen seines Beitrags zur Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher Belange geschützt wird. Infolgedessen bleiben bei BAUR diejenigen Wirkungsfaktoren unberücksichtigt, die die guten ökonomischen Ergebnisse herbeiführen.

Außerdem ist zu bedenken, daß BAUR bei der Kennzeichnung der kartellverdächtigen Vereinbarungen an die Stelle des unbestimmten Rechtsbegriffs "Wettbewerbsbeschränkung" einen anderen, kaum weniger konkretisierbaren Begriff der "wirtschaftlichen Kollektivmacht" setzt. Nur schwerlich dürften die Kriterien herauszuarbeiten sein, die den Inhalt dieses Begriffs zu bestimmen vermögen. Damit genügt das Arbeitsergebnis von BAUR nicht den Zielen der juristischen Hermeneutik, nach welchen ein unbestimmter Rechtsbegriff eine Auslegung erfahren muß, die dem Rechtsanwendenden als auch dem Rechtsunterworfenen unmißverständlich aufzeigt, welche Verhaltensweisen in den Verbotsbereich der betreffenden Rechtsnorm fallen.¹⁾ Nach RITTNER²⁾ ist dieses Prinzip der Rechtssicherheit immanenter Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit und "als Ordnungsgewißheit eine sachlich-objektive Anforderung an das Recht überhaupt". BAUR vermag die vorgetragenen Bedenken auch nicht dadurch zu zerstreuen, daß er Fallgruppen generell wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen bildet. Infolge der Unbestimmtheit des Obersatzes läßt sich nicht eindeutig der Typenkatalog der wettbewerbsbeschränkenden Verträge erschließen.

Soll das Bestehen von kollektiver Marktmacht als Indikator einer Wettbewerbsbeschränkung gelten, muß außerdem berücksichtigt werden, daß die wirtschaftliche Kollektivmacht keine vorgegebene Größe ist. Denn alle Elemente, die eine wirtschaftliche Kollektivmacht begründen, wie z. B. Betriebsgröße, Anzahl der Marktteilnehmer, Ausmaß der Markttransparenz, Unternehmensverflechtung usw., verändern sich im Laufe des dynamischen Wett-

1) Bartholomeyczik, Wann aktualisiert sich der potentielle Wettbewerb für die Rechtsanwendung?, in WuW 1971, 764 (766); Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 63.

2) Rittner, Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, in WuW 1969, 65 (76).

bewerbsprozesses.¹⁾ Die Umschreibung, die BAUR hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "Wettbewerbsbeschränkung" vornimmt, weist demnach die aus Gründen der Rechtssicherheit zu mißbilligende Möglichkeit auf, daß sich ein anfänglich unwirksames Kartell in eine kartellrechtlich irrelevante vertragliche Vereinbarung zwischen mehreren Unternehmen transformiert.²⁾ Aus den vorgenannten Gründen ist demnach der Versuch BAURS, die kartellverdächtigen Handlungen aus dem funktionalen Zusammenhang des § 1 GWB zu entnehmen, als verfehlt zu bezeichnen.

cc) Nunmehr soll untersucht werden, inwieweit die Konzeption des funktionsfähigen Wettbewerbs,³⁾ die sich als Gegenfront zu dem Prinzip der vollkommenen Konkurrenz, das wegen seiner Realitätsferne als wettbewerbspolitische Leitvorstellung abzulehnen ist,⁴⁾ herausgebildet hat, für die Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs in § 1 GWB herangezogen werden kann. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Fruchtbarmachung von wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen für die Auslegung von GWB-Rechtsnormen erst dann erfolgen darf, wenn sichergestellt ist, daß dadurch

-
- 1) Säcker, Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstandes?, S. 111 f.
 - 2) Wenn sich die oligopolistische Marktform in eine polypolistische Marktform umwandelt, was bei dem Übergang von der Expansions- zur Ausreifungsphase (zu dieser Begriffsbildung vgl. Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 25 ff) durchaus geschehen kann, könnte das anfänglich nach § 1 GWB unwirksame identifizierende Preismeldeverfahren volle Rechtswirksamkeit erlangen.
 - 3) zum funktionsfähigen oder wirksamen Wettbewerb ("workable" oder "effective" competition) vgl. Görgens, Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, S. 29 ff; derselbe, Wachstum versus Macht, in Der Volkswirt 1970, Nr. 25, S. 45 ff und Nr. 26, S. 37 ff; Karte, Ein neues Leibild für die Wettbewerbspolitik, S. 38 ff; Schmidt, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie, in WuW 1966, 699 ff; Woll, Das Konzept des Workable Competition, in WiSU 1972, 15 - 17.
 - 4) zur vollständigen Konkurrenz vgl. Görgens, Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, S. 27 - 29; Völkel, Die Regelung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, S. 47 ff; Die Realitätsferne betonen: Hefermehl, Beurteilung von Fusionen und Kartellbildungen..., a.a.O., S. 778; Meyer-Cording, Der Gleichheitssatz im Privatrecht..., a.a.O., S. 548; Schumpeter, Der Prozeß der schöpferischen Zerstörung, S. 174.

nicht die normativen Zielsetzungen der interpretationsbedürftigen Rechtsvorschrift unterlaufen werden.¹⁾

Die "Workability-Konzepte" beruhen auf dem Gedanken, daß es gerade die in der Realität des Wirtschaftslebens vorfindbaren Marktunvollkommenheiten²⁾ sind, die zur Dynamisierung des Wettbewerbs beitragen und das Wechselspiel zwischen initiativen und imitativen Wettbewerbsströmen auslösen, das für die Durchsetzung des gesamtwirtschaftlichen Wachstums von eminenter Bedeutung ist.³⁾ Um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsprozesses zu erhalten, ist jedoch erforderlich, daß sich die Marktunvollkommenheiten gegenseitig neutralisieren.⁴⁾ Zur Verdeutlichung dieser

-
- 1) Bartholomeyczik, Wann aktualisiert sich der potentielle Wettbewerb für die Rechtsanwendung, in WuW 1971, 764 (767); Mestmäcker, Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, S. 311; Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, S. 214; Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, S. 367; Rittner, Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, in WuW 1969, 65 (77); diese Problematik wird von Günther (Brauchen wir eine neue Wettbewerbspolitik?, in WuW 1967, 91) nicht beachtet, wenn er ausführt: "Im GWB ist das Schutzobjekt "Wettbewerb" bewußt nicht definiert worden. Somit erlaubt es eine weitgehende Anpassung an fortschreitende wettbewerbspolitische Erkenntnisse..., es läßt eine Auslegung im Sinne der Konzeption des funktionsfähigen Wettbewerbs zu."
 - 2) Marktunvollkommenheit = Abweichung von den Bedingungen der vollkommenen Konkurrenz.
 - 3) J. M. Clark, Zum Begriff eines wirksamen Wettbewerbs, S. 148 ff; Stegemann, Workable Competition nach 20 Jahren, S. 239; vgl. auch S. 14 ff: Auch das Patent stellt eine Marktunvollkommenheit dar, da es dem Inhaber eine monopolistische Differentialrente gewährt und eine unendlich schnelle Anpassungsgeschwindigkeit verhindert.
 - 4) Gegengift-These (vgl. Säcker, Von der Sicherung der Freiheit..., a.a.O., S. 101).

These möge folgendes Beispiel dienen:

Das homogene Angebotsoligopol, das sich durch die geringe Anzahl der Anbieter von gleichartigen Produkten auszeichnet, stellt gegenüber den Modellbedingungen der vollkommenen Konkurrenz einen Unvollkommenheitsfaktor dar, da diese eine große Anzahl von Anbietern voraussetzen.¹⁾ Herrscht in einem Angebotsoligopol vollkommene Markttransparenz,²⁾ werden Preisvorstöße infolge der zwischen den Marktteilnehmern bestehenden Reaktionsverbundenheit unterbleiben, weil jedes Unternehmen, das den Aktionsparameter "Preis" zwecks Umsatzmaximierung einzusetzen gedenkt, damit rechnen muß, daß die Konkurrenz den Preisvorstoß sofort abfangen wird und folglich eine Umsatzsteigerung auf die Dauer nicht eintreten kann.³⁾ An die Stelle der individuellen tritt die kollektive Umsatzmaximierung.

In einem solchen Fall bewirkt die Unvollkommenheit "unvollständige Markttransparenz", daß in den Marktprozeß ein Ungewißheitselement in Bezug auf die möglichen Reaktionen der Marktkontrahenten hineingetragen wird, das eine offensive Preispolitik ermöglicht.⁴⁾ Durch die Institutionalisierung eines "open-price-System" versuchen die Oligopolisten wiederum, die ihrem Sicherheitsstreben entgegenkommende, ursprünglich bestehende Reaktionsverbundenheit wiederherzustellen, was zur Erstarrung des Preiswettbewerbs im homogenen Oligopol führt.⁵⁾ Dieses Beispiel stellt klar, daß sich Marktunvollkommenheiten gegenseitig zu kompensieren vermögen.

1) vgl. Kartte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, S. 38.

2) vollkommene Markttransparenz ist eine Modellbedingung der vollkommenen Konkurrenz.

3) BKartA WuW/E 1351 (1356) - "Tubenhersteller"; Mestmäcker, Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, S. 318: "Einer offenen Preisherabsetzung würden alle Wettbewerber sofort folgen, so daß das unterbietende Unternehmen nicht damit rechnen kann, seinen Marktanteil zu vergrößern"; Sünnner, Verstoßen Marktinformationsverträge gegen das Kartellverbot des § 1 GWB?, in DB 1971, 2458 (2461).

4) Mestmäcker, Probleme des Bestmöglichen..., a.a.O., S. 316: "Die Ungewißheit über das Verhalten der Marktteilnehmer wird zu einem wichtigen Wettbewerbsantrieb."

5) vgl. dazu Hoppmann, Preismeldestellen und Wettbewerb, in WuW 1966, 97.

Die Schwierigkeiten bei der Erarbeitung der Workability-Konzepte beginnen allerdings dann, wenn es darum geht, die Zusammensetzung der Unvollkommenheitsfaktoren anzugehen, die die erwünschten wettbewerbsstimulierenden Wirkungen zeitigen.¹⁾ Die wirtschaftswissenschaftliche Literatur²⁾ hat drei verschiedene Beurteilungskriterien - Marktergebnis, Marktstruktur und Marktverhalten - entwickelt, die eine Antwort auf die Frage geben sollen, wann der Wettbewerb funktionsfähig ist. Zum Teil werden diese drei Komponenten auch kumulativ zur Beschreibung der gewünschten Workability-Norm verwandt.³⁾

Der wettbewerbspolitische Ansatz, der die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs mit Hilfe der Marktergebnisse - z. B. Wachstumsrate, Produktivität, technischer Fortschritt - bemißt, kann zur Determinierung des Wettbewerbsbegriffes auf jeden Fall dann nicht herangezogen werden, wenn die "market-results" ausschließ-

1) Auch Kantzenbach unterläßt es, die Marktform der weiten Oligopole, in welcher in Verbindung mit mäßigen Marktunvollkommenheiten eine optimale Wettbewerbsintensität herrschen soll, näher zu präzisieren. (So Völkel, Die Regelung des Wettbewerbs..., a.a.O., S. 160); vgl. auch Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung..., a.a.O., S. 43, 44.

2) Hoppmann, Workable Competition, S. 258 ff: Hoppmann hält diese Kriterien zur Prüfung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs für eine generalisierende Methode, da es so viele funktionsfähige Wettbewerbsdefinitionen gibt, wie es funktionsfähige Nationalökonomien gibt; auch Plassmann, Wettbewerbspol. Leitbild, in WuW 1970, 779 (781) weist darauf hin, daß ein einheitliches wettbewerbspolitisches Leitbild nicht gegeben ist; Käufer, Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, in Jb. N. St. Bd. 179, 481 (487); Säcker, Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstandes?, S. 104; Stegemann, Workable Competition nach 20 Jahren, S. 247; Völkel, Die Regelung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, S. 68.

3) Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, S. 182, Anm. 15.

lich aus ökonomischen Funktionen bestehen.¹⁾ Wie bereits erörtert, ist der wirtschaftliche Wohlstand nicht der alleinige gesellschaftspolitische Wert des durch § 1 GWB geschützten Wettbewerbs.²⁾

Aber auch die Aufnahme der freiheitssichernden Zielfunktion in den ökonomisch orientierten wettbewerbspolitischen Funktionskatalog vermag nicht die Anwendung des "market-performance-test" zur Umschreibung des Wettbewerbsbegriffs in § 1 GWB zu rechtfertigen. Sollte nämlich die Nichterfüllung der wünschenswerten ökonomischen und freiheitlichen Zielfunktionen über die Frage entscheiden, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, würde der Gegenstandstheorie,³⁾ nach welcher die Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand des Vertrages sein muß, der Rechtsboden entzogen und die Folgetheorie eingeführt, die eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Vertrag auch dann annimmt, wenn sich die Wettbewerbsverfälschung lediglich als Folge der vertraglichen Vereinbarung erweist.⁴⁾

Die Methode, die den "market-structure-test" über das Vorliegen eines funktionsfähigen Wettbewerbs entscheiden läßt,⁵⁾ muß in Kauf nehmen, daß die Marktstrukturbedingungen - Anzahl der Unternehmen, Höhe der Marktschranken, Grad der Produktdifferenzierung⁶⁾ - infolge der Dynamik des Wettbewerbsprozesses gewissen Veränderungen unterliegen⁷⁾ und aus einer wettbewerbsstimulie-

1) so Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 13; derselbe, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in Jb N. St. Bd. 181, S. 193 (196).

2) vgl. die Ausführungen auf S. 29 ff; auf diesen Gesichtspunkt weist auch Hoppmann, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in Jb N. St. Bd. 179, S. 286 (300), hin.

3) vgl. die Nachw. auf S. 28 ff.

4) Sünner, Verstoßen Marktinformationsverträge gegen das Kartellverbot des § 1 GWB?, in DR 1971, 2458 (2460).

5) so Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit..., a.a.O., S. 137; derselbe, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in Jb. N. St. Bd. 181, 193 (208).

6) vgl. Kaufer, Kantzenbachs Konzept..., a.a.O., S. 487.

7) vgl. dazu S. 41.

renden eine wettbewerbsbeschränkende Marktstruktur werden kann.¹⁾ Wenn man den Wettbewerbsbegriff in § 1 GWB mit einer bestimmten Marktstruktur in Verbindung bringen würde, wäre daher nicht ausgeschlossen, daß aus einem nach § 1 GWB unwirksamen ein wirksames Kartell erwächst. Ein Vertrag, der einmal wirksam und dann wieder unwirksam sein könnte, widerspricht jedoch den Grundsätzen zivilrechtlicher Verantwortung, wonach nur voraussehbare und daher vermeidbare Wirkungen als Handlungsunwert zurechenbar sind.²⁾ Die Rechtsnorm des § 1 GWB kann demnach nicht an eine bestimmte, wettbewerbsoptimale Marktstruktur anknüpfen, sondern muß darauf angelegt sein, sowohl in einer oligopolistischen als auch in einer polypolistischen Marktstruktur den Wettbewerb zu schützen. Andernfalls würde dem § 1 GWB ein strukturpolitisches Leitbild unterschoben, das sich in der Rechtsnorm des § 1 GWB als Fremdkörper ausnehmen müßte.

Nachdem festgestellt ist, daß die Beurteilungskriterien "Marktergebnis" und "Marktstruktur" nicht zur Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs in § 1 GWB herangezogen werden können, stellt sich die Frage, ob der "Marktverhaltenstest" günstigere Ergebnisse zu liefern vermag.

Die "market-behavior-tests" der "Workable Competition Konzepte" gehen davon aus, daß sich der Wettbewerbsprozeß aus aggressiven und defensiven Handlungsabläufen zusammensetzt, die sich generalisierend in Vorstoß- und Verfolgungsphasen zerlegen lassen.³⁾

1) Die Umwandlung eines weiten in ein enges Oligopol würde nach Kantzenbach eine negative Auswirkung auf die Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen zeitigen. Dabei ist jedoch in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur umstritten, ob die Betrachtung einer bestimmten Marktstruktur einen Schluß auf die Wettbewerbsbeziehungen zuläßt. /Vgl. z. B. Woll, Der Wettbewerb im Einzelhandel, S. 39: "Es gibt Oligopole mit niedriger und mit hoher Wettbewerbsintensität"; Käufer, Kantzenbachs Konzept..., a.a.O., S. 487; Hoppmann, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in Jb. N. St. Bd. 179, S. 296 (311); derselbe, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, in Jb. N. St. Bd. 181, 251 (256). 7.

2) Halbey, Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB, in JurA 1970, 34 (44).

3) J. M. Clark, Competition as a Dynamic Progress, S. 429; Praktikabilitätsgründe lassen es ratsam erscheinen, den Begriff "Marktverhalten" von subjektiven Kriterien, wie z. B. dem Merkmal "competitive spirit", zu entkleiden. Beurteilungsmaßstäbe

Initiative Unternehmen leiten durch verschiedenste Mittel - Preissenkung, Qualitätsverbesserung, Einführung von technologisch verbesserten Produkten - die Vorstoßphase ein und beschleunigen den technischen Fortschritt bei Produkten und Produktionsmethoden.¹⁾

Will das schöpferische Unternehmen mit seiner offensiven Marktstrategie Erfolg haben, muß es die Impulse des Marktes verstehen und seine Produktion und Produktionskapazitäten der sich ständig ändernden Nachfragestruktur anpassen.²⁾

Da durch die aggressiven Wettbewerbsmaßnahmen die Marktstellung der Konkurrenten bedroht wird, sind diese gezwungen, mit den vorstoßenden Unternehmen gleichzuziehen, um Umsatzeinbußen und die in der Regel dadurch ausgelösten Gewinnverluste zu vermeiden. Dem Risiko, im wettbewerblichen Ausleseprozeß vom Markt gedrängt zu werden, sind die weniger dynamischen Unternehmen deshalb ausgesetzt, weil die Marktgegenseite, die zwischen verschiedenen Alternativangeboten wählen kann, nur diejenigen Unternehmen mit ihrer Kaufkraft prämiert, die die beste Leistung erbringen.³⁾

Die Unternehmen der Verfolgungsphase können deshalb nur dann die Vorstöße der dynamischen Unternehmen abfangen, wenn sie den Wünschen, die ihnen von den Konsumenten angetragen werden, gehorchen und sich deren Plebiszit unterwerfen.⁴⁾

Wollen sie dieser Aufgabe gerecht werden, müssen sie die ihnen zur Verfügung gestellten Produktionskräfte so einsetzen, daß

Forts. v. Fußn. 3):

mit subjektivem Einschlag sind nur schwerlich einer richterlichen Nachprüfung zugänglich. Leichte Erkennbarkeit und Durchführbarkeit des Rechts sind jedoch Ziele, die bei der Gesetzesauslegung berücksichtigt werden müssen (vgl. Ennecerus-Nipperdey, BGB AT, § 56 III, S. 334, 335).

- 1) Erhöhung des technischen Fortschritts ist die fünfte Funktion in dem Funktionenkatalog von Kantzenbach (Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 17).
- 2) Flexible Anpassung der Produktion und der Produktionskapazität an die außenwirtschaftlichen Daten (vierte Funktion Kantzenbachs).
- 3) Einkommensverteilung nach der Marktleistung (erste Funktion bei Kantzenbach).
- 4) Zusammensetzung des Warenangebots nach Konsumentenpräferenzen (zweite Funktion bei Kantzenbach).

sie in optimaler Weise die Konsumentenwünsche zu saturieren vermögen.¹⁾

Mit HOPPMANN²⁾ läßt sich der Wettbewerb demnach als Wechselspiel von Aktionen dynamischer Unternehmen, Reaktionen der Marktgegenseite, Antworten der Konkurrenten, rückgekoppelten Aktionen der ersteren usw. klassifizieren.

Diese Wettbewerbsumschreibung ist aber erst dann in den Tatbestand des § 1 GWB projizierbar, wenn sie in ihrem Anwendungsbe-
reich eingeengt wird. Die Rechtsnorm des § 1 GWB umfaßt nur Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den am Vertrag Beteiligten, während das Tatbestandsmerkmal "Marktbeeinflussung" die Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung auf Dritte beinhaltet.³⁾ HOPPMANN hat aber auch die Marktteilnehmer, die am Kartell nicht teilnehmen, in seine Wettbewerbsdefinition aufgenommen. Aus diesem Grund wird der Wettbewerbsbegriff HOPPMANNS folgendermaßen modifiziert:

Unter Wettbewerb versteht man das Wechselspiel von Aktionen dynamischer Unternehmen und Reaktionen der Marktkonkurrenten.⁴⁾ Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt demnach vor, wenn das Wechselspiel von Aktionen dynamischer Unternehmen und Reaktionen der Marktkonkurrenten ausgeschaltet oder abgeschwächt wird.⁵⁾

1) Lenkung der Produktionsfaktoren in ihre produktivsten Einsatzmöglichkeiten (dritte Funktion bei Kantzenbach).

2) Hoppmann, Die sogenannten "Bagatellkartelle" der neuen Wettbewerbspolitik, in DB 1970, 93 (94); derselbe, Zum Schutzobjekt des GWB, S. 90; derselbe, Preismeldestellen und Wettbewerb, in WuW 1966, 97 (106).

3) Weber, Die Aufhebung von Kartellen wegen Mißbrauchs der Freistellung von § 1 GWB, S. 55.

4) Auch das KG Berlin, das sich in einer seiner Entscheidungen mit der Frage auseinanderzusetzen hatte, ob ein identifizierendes Preismeldeverfahren den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt, scheint sich dieser "dynamischen Wettbewerbsdefinition" anzuschließen (vgl. OLG WuW/E 1327 ff (1328) - "Aluminium-Halbzeug").

5) vgl. dazu auch Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrenzschutz, S. 30.

Dieser, am unternehmerischen Marktverhalten¹⁾ anknüpfende Wettbewerbsbegriff, genügt den normativen Zielsetzungen des § 1 GWB. Er umreißt den Marktmechanismus, dem die Fähigkeit innewohnt, die Produktionskräfte zu stimulieren und zu koordinieren (ökonomische Zielsetzung)²⁾ und verwehrt den Unternehmen die Koordination ihrer Marktverhaltensweisen und damit die Bildung einer kollektiven Marktmacht, die die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit von Mitwettbewerbern und von der Marktgegensseite beeinträchtigen könnte (gesellschaftspolitische Zielsetzung).³⁾

c) Unter Zugrundelegung der modifizierten Wettbewerbsdefinition HOPPMANNS werden nun die in den Ausgangsfällen geschilderten Lizenz austauschgemeinschaften auf Wettbewerbsbeschränkungen überprüft.

aa) Eine einfache Lizenz austauschgemeinschaft führt dann eine Beschränkung des Wettbewerbs herbei, wenn das Wechselspiel von Aktionen dynamischer Unternehmen und Reaktionen der Marktkonkurrenten ausgeschaltet bzw. abgeschwächt wird.

1) Der "market-behavior-test" läßt sich auch deshalb bei der Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs in § 1 GWB anwenden, weil die §§ 1 - 14 GWB nur das rechtsgeschäftliche Handeln, welches das Marktverhalten von Unternehmen betrifft, regeln (vgl. Götz/Rieger, Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht, in JuS 1968, 393 Fußn. 2; in Bezug auf Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag vgl. Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung ..., a.a.O., S. 45).

2) vgl. Böhm, Die Zähmung des Privateigentums, in FAZ vom 20. Mai 1972, S. 17.

3) Wenn verschiedentlich behauptet wird, daß die Wettbewerbsfreiheit keine Prädominanz vor der Freiheit der Unternehmen besitzt, ihre Wirtschaftspläne durch Vertrag aufeinander abzustimmen (vgl. Jäger, Inhalt und Grenzen des § 1 GWB, S. 60, 61), so verkennt diese Meinung, daß die Unternehmen das Rechtsinstitut der Vertragsfreiheit nicht dazu mißbrauchen dürfen, um es als Herrschaftsinstrument über wirtschaftlich Schwächere einzusetzen. (Merz, Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, S. 230; Schmidt-Salzer, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, in NJW 1970, 8 (11); Raiser, Vertragsfreiheit heute, in JZ 1958, 1 (6).)

Die Lizenz austauschgemeinschaft bewirkt, daß jedes Mitgliedsunternehmen die Möglichkeit besitzt, an den technischen Erfindungsleistungen der anderen Vertragsparteien zu partizipieren. Damit entfällt für die Unternehmen das Risiko, daß sich Marktkontrahenten der Vertragspartner einen technologischen Vorsprung erarbeiten, diesen durch den Erwerb von Patentrechten absichern und damit die Marktposition weniger dynamischer Unternehmen gefährden. Die permanente Bedrohung des eigenen Besitzstandes und die dadurch erzeugte schöpferische Gefahrenlage wird abgebaut.¹⁾ Die Unternehmen, die an der Lizenz austauschgemeinschaft teilnehmen, können demnach von dem Zwang enthoben sein, gegenüber überraschenden Innovationsaktionen mit adäquaten Reaktionen aufzuwarten.²⁾ Aufgrund dieser Überlegungen könnte man zu dem Ergebnis gelangen, daß sich in einer Lizenz austauschgemeinschaft das Wechselspiel von Aktionen dynamischer Unternehmen und Reaktionen der Marktkonkurrenten abschwächt und die einfache Lizenz-

1) vgl. Prahl, Patentschutz und Wettbewerb, S. 107; wenn man demgegenüber in der Literatur (Bollig, Patentgemeinschaften ..., a.a.O., S. 36; Sander, Die einfache Patentgemeinschaft ..., a.a.O., S. 506), die sich mit der kartellrechtlichen Problematik der Lizenz austauschgemeinschaften beschäftigt, immer wieder die Erwägung vorfindet, daß der Lizenz austausch die Ausschlusswirkung der Patente aufhebt und damit erst den Wettbewerb auf technologischem Gebiet ermöglicht, dann muß dieser Betrachtungsweise entgegengehalten werden, daß sie auf einem simplifizierenden Plus-Minus-Denken beruht: mehr Wettbewerb durch geringeren Patentschutz. Diese Meinung erkennt nicht, daß der Kooperationsmechanismus zwischen Patent- und Wettbewerbsrecht dann gestört ist, wenn die Unternehmen in der Weise kooperieren, daß sie ihre gegenwärtigen und künftigen Patente austauschen (vgl. Kaufer, Patente, Wettbewerb..., a.a.O., S. 161: Kaufer weist nach, daß Xerox nur deswegen Lizenzverträge auf dem Gebiet des elektrostatischen Kopierens vergeben hat, um den substitutiven Forschungswettbewerb weitgehend auszuschalten, der sicher dann eingesetzt hätte, wenn Xerox das technische Wissen monopolisiert hätte; vgl. auch Strohm, Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen, S. 31).

2) vgl. auch Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 74; diese Bedenken finden sich auch bei Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 736.

austauschgemeinschaft eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführt.¹⁾ Dabei würde allerdings verkannt, daß die Unternehmen schon deshalb nicht ihre Forschungsanstrengungen reduzieren können, als sie mit der Instabilität der Lizenz austauschgemeinschaft rechnen müssen, die z. B. durch ein Mitgliedsunternehmen gemäß § 723 HB gekündigt werden kann. Dann aber müßten diejenigen Unternehmen, die die Entwicklung von neuartigen Verfahrens- und Produkttechnologien vernachlässigt haben, mit empfindlichen Markteinbußen rechnen. Darüberhinaus ist zu bedenken, daß es sich bei dem Lizenz austauschvertrag um einen Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck handelt, durch welchen alle Beteiligten die Verpflichtung eingegangen sind, den anderen Mitgliedern der Lizenz austauschgemeinschaft Lizenzen an ihren Schutzrechten zu gewähren. Dies bedeutet, daß sich alle Mitglieder der Lizenz austauschgemeinschaft im gleichen Maße um die Entwicklung von neuen Forschungs- und Entwicklungsprojekten bemühen müssen, und daß sich kein Mitgliedsunternehmen ausschließlich darauf beschränken kann, an

1) Zu einem solchen Ergebnis führt der von Knöpfle vertretene Wettbewerbsbegriff, nach welchem eine Wettbewerbsbeschränkung dann vorliegt, wenn die wirtschaftlichen Erfordernisse (positive Anforderungen und Schranken), Risiken oder Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einem Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können, beseitigt oder verringert werden (Knöpfle, Der Rechtsbegriff Wettbewerb, S. 222; zu den Merkmalen dieser Wettbewerbsdefinition vgl. Barnickel, Zum Wettbewerbsbegriff des GWB, in ZHR 131, 361 ff.). Für die Beteiligten der Lizenz austauschgemeinschaft wird durch Vertrag das Risiko beseitigt, daß Marktteilnehmer durch Innovationsvorstöße ihre eigene Marktstellung auf Kosten der anderen Unternehmen ausbauen. Knöpfle müßte demzufolge die einfache Lizenz austauschgemeinschaft als einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag einordnen. Dieses Rechtsergebnis beruht auf dem Umstand, daß Knöpfle die Folgen (Risiken und Chancen) einer wettbewerbsrelevanten Handlung (Erfordernisse) in seine Wettbewerbsdefinition einbezieht (vgl. Plassmann, Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, in JZ 1968, 85; Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung..., a.a.O., S. 87). Nach der Gegenstandstheorie werden die möglichen wettbewerbsbeschränkenden Folgen eines kooperativen Vertrages, der die Marktverhaltensweisen der Unternehmen regelt, aber gerade nicht vom Subsumtionsbereich des § 1 GWB erfaßt. Die Wettbewerbsdefinition von Knöpfle unterläuft damit die für § 1 GWB geltende Gegenstandstheorie.

den Forschungsergebnissen der anderen Teilnehmer der Lizenz austauschgemeinschaft zu partizipieren.¹⁾

Auch die Tatsache, daß die Unternehmen durch Vertrag über die Errichtung der Lizenz austauschgemeinschaft dazu verpflichtet sind, Lizenzen an ihren künftigen Patenten auszutauschen, vermag kein anderes Ergebnis zu begründen. Denn auch in diesem Fall sind die Mitgliedsunternehmen aus den obengenannten Gründen nicht von dem Zwang befreit, in ihrem eigenen Interesse von dem Aktionsparameter "Technische Fortentwicklung der Produkte und Produktionsmethoden" Gebrauch zu machen.

Durch eine einfache Lizenz austauschgemeinschaft wird demnach das Wechselspiel von Aktionen dynamischer Unternehmen und Reaktionen von Marktkonkurrenten nicht abgebaut oder abgeschwächt. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist somit nicht zu verzeichnen.²⁾

1) Kraft - Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 74: K.-K. weisen nach, daß sich bei Patentgemeinschaften ein erheblicher Forschungsaufwand feststellen läßt.

2) Die herrschende Literaturmeinung verneint ebenfalls die Möglichkeit, daß einfache Lizenz austauschgemeinschaften unter dem Tatbestand des § 1 GWB fallen, wenn auch mit anderer Begründung. Sie hält eine Beschränkung des Wettbewerbs dann für gegeben, wenn sich die Unternehmen ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit begeben. Durch die Vergabe von einfachen Lizenzen wird dem Lizenzgeber zwar die Möglichkeit genommen, die ausschließliche Verwertung der technischen Lösung vorzunehmen, doch ist diese Einengung des unternehmerischen Operationsfeldes auf eine wirksame Rechtsübertragung zurückzuführen, durch welche eine Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit schon deshalb nicht erreicht werden kann, weil sich der Lizenzgeber mit der durch die Lizenzierung erfolgten Rechtsabspaltung der Möglichkeit beraubt hat, das Patentrecht allein auszuüben. Die Handlungsfreiheit setzt aber gerade voraus, daß noch die Möglichkeit zum Tätigwerden besteht (vgl. Bollig, Patentgemeinschaften im GWB, S. 36; Gleiss/Deringer, Patentpools nach geltendem und kommenden Kartellrecht, in WuW 1952, 612 (614); v. Hahn, Kartellrechtliche Probleme bei Rücklizenzen, Lizenz austauschverträgen und Patentgemeinschaften, in GRUR 1968, 406 (412); Kleim, Gemeinschaftsunternehmen..., a.a.O., S. 124, 125; Lieberknecht, Patente, Lizenzverträge..., a.a.O., S. 249; Lüdecke-Fischer, Lizenzverträge, S. 739; Magen, Lizenzverträge und Kartellrecht, S. 56; Möhring, Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung, Festschrift für Rudolf Isay, S. 217; Rasch, Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen, in WuW 1961, 79 (84); Sander, Die einfache Patentgemeinschaft

bb) Die Lizenz austauschgemeinschaft mit Ausschließlichkeitsklausel beinhaltet allerdings schon nach der Gegenstandstheorie eine Beschränkung des Wettbewerbs. Durch Vertrag wird nämlich dem einzelnen Mitgliedsunternehmen untersagt, sein technisches Wissen und sein "Know-How" an Dritte weiterzugeben. Folglich kann es auf dem relevanten Lizenzmarkt keine autonomen Marktaktionen mehr vornehmen. Andererseits sind die anderen Unternehmen, die an der Lizenz austauschgemeinschaft beteiligt sind, von dem Zwang, den Aktionen des dynamischen Unternehmens mit eigenen Reaktionen auf dem Lizenzmarkt zu begegnen, befreit. Das Wechselspiel zwischen den Aktionen dynamischer Unternehmen und Reaktionen der Marktkonkurrenten wird damit abgeschwächt.¹⁾

Forts. v. Fußn. 2):

im GWB, in WuW 1959, 499 (506); Schamberger, Lizenz austauschverträge..., a.a.O., S. 70; Völz, Gewerbliche Schutzrechte und GWB, in WRP 1957, 313 (318). Wenn aber in dem Vertrag über die Lizenz austauschgemeinschaft den beteiligten Unternehmen die Verpflichtung auferlegt wird, an zukünftigen Patenten Lizenzen zu erteilen, müßte nach der herrschenden Meinung eine Beschränkung der Freiheit zur Vornahme von wettbewerbsrelevanten Handlungen angenommen und damit eine Wettbewerbsbeschränkung bejaht werden. Daß dieses Ergebnis fehlerhaft ist, ergibt sich schon daraus, daß die Rechtsnorm des § 1 GWB gerade nicht darauf angelegt ist, die Wettbewerbsfreiheit von Kartellmitgliedern zu schützen, sondern den Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit von Außenseitern bezweckt (vgl. S. 31 f). In deren Handlungsfreiheit wird aber durch die obengenannte Verpflichtung der Mitgliedsunternehmen - Lizenzvergabe an künftigen Patenten - nicht eingegriffen.

- 1) Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerbsbeschränkung durch Vertrag" bejahen auch: Bollig, Patentgemeinschaften..., a.a.O., S. 44, 45; Bernhardt, Patentrecht, S. 192; Möhring, Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung, a.a.O., S. 219; Reimer im GK, § 20 Rdn2; Sandstein, Zulässigkeit von Beschränkungen des Lizenzgebers..., a.a.O., in GRUR 1953, 246 (247); Schamberger, Lizenz austauschverträge..., S. 88; Schulte, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften..., a.a.O., S. 206.

Die Beteiligten der Lizenz austauschgemeinschaft setzen die Ausschließlichkeitsklausel als Mittel zur Unterdrückung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit ihrer Mitwettbewerber ein, da diesen die Möglichkeit genommen wird, unter Zuhilfenahme des fremden technischen Wissens eigene Marktaktionen zu tätigen und verstoßen damit gegen das gesellschaftspolitische Leitziel des § 1 GWB.

Den Nährboden für solche Praktiken bildet das Sicherheitsstreben der Unternehmer.¹⁾ Dadurch, daß sie gegenüber den Außenseitern eine Eintrittsbarriere zum vorhandenen technischen Wissen errichten, können sie den Zugang junger Unternehmen zu den hochtechnisierten Märkten erschweren. Folge dieser Marktverhaltensweise ist die Beeinträchtigung des potentiellen Wettbewerbs, der einen zusätzlichen Wettbewerbsdruck auf die Anbieter ausüben und infolgedessen die wirtschaftliche Leistung stimulierende Wettbewerbsintensität erhöhen könnte.²⁾

3. In Bezug auf die Lizenz austauschgemeinschaft mit Ausschließlichkeitsabrede (zweiter Ausgangsfall), die das Tatbestandsmerkmal des § 1 GWB "Wettbewerbsbeschränkung durch Vertrag" erfüllt, muß weiterhin geprüft werden, ob "sie die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen" zu beeinflussen vermag.³⁾ Das Tatbestandskriterium "Eignung zur Marktbeeinflussung" umfaßt die möglichen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung auf die außerhalb des Kartells stehenden Marktteilnehmer, nämlich die Mitwettbewerber und die Marktgegenseite.⁴⁾

1) vgl. Schlegel, Marktmacht und Mißbrauch..., in WuW 1968, 176 (183).

2) zur Bedeutung des potentiellen Wettbewerbs vgl. Biedenkopf, Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, in WuW 1968, 3 (11); Bierling, Die Sicherung des Marktzugangs dritter Unternehmen gegenüber Absatzbindung, in WRP 1969, 258; Völkel, Die Regelung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, S. 108; Willemsen, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik..., a.a.O., S. 58 ff.

3) vgl. die Tatbestandsübersicht auf S. 27.

4) vgl. Frankfurter Kommentar, § 1 Tz 49; Schulte, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften, S. 178.

Eine solche Auswirkung auf den Verkehr mit gewerblichen Schutzrechten, die unter den Begriff der "gewerblichen Leistung" zu subsumieren sind,¹⁾ hat die wettbewerbsbeschränkende Ausschließlichkeitsabrede dann nicht, wenn das verbleibende Angebot an Lizenzen in Bezug auf Produkt- bzw. Verfahrenserfindungen, die demselben relevanten Markt angehören, größer ist als die Nachfrage, d. h. wenn der Marktgegenseite noch ausreichende Alternativangebote zur Verfügung stehen.²⁾ Dieser Fall wird nur dann anzunehmen sein, wenn die Beteiligten der Lizenz austauschgemeinschaft nur über einen geringen Anteil der technischen Schutzrechte, die denselben relevanten Markt bilden, verfügen und genügend andere Patentinhaber vorhanden sind, die auf dem Lizenzmarkt Benutzungsrechte an Patenten anbieten.

Das Tatbestandsmerkmal "Eignung zur Marktbeeinflussung" verlangt nicht, daß die Auswirkungen auf die Marktgegenseite oder die Mitwettbewerber von einiger Quantität und Intensität sein muß. Die Marktbeeinflussung braucht nicht wesentlich zu sein.³⁾ Es reicht aus, wenn sie spürbar ist.⁴⁾ Spürbar ist die Marktbeeinflussung immer dann, wenn die Verringerung der Alternativangebote nicht nur theoretisch, sondern auch konkret eintreten kann.⁵⁾

Verpflichten sich mehrere Unternehmen, die über einen nicht unerheblichen Anteil an technischen Schutzrechten auf dem relevanten Markt verfügen, keine Lizenzen an Außenseiter zu vergeben, so schmälern sie durch diese Maßnahme die Ausweichmöglichkeiten ihrer Mitwettbewerber auf dem betreffenden Lizenzmarkt. Diese Be-

1) dahingestellt in BGH WuW/E 605, 606 - "Flußpat" -.

2) BGH WuW/E 605, 610 - "Flußpat" -; Fikentscher, Neuere Entwicklungen..., a.a.O., WuW 1961, 788 (801); Meyer-Cording, Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, in WuW 1962, 461 (472).

3) BGH WuW/E 369 (373) - "Kohlenplatzhandel" -.

4) Weber, Die Aufhebung von Kartellen wegen Mißbrauchs..., a.a.O., S. 58.

5) BGH WuW/E 486 (491) - "Spar" -; BGH WuW/E 726 (730) - "Klinker" -; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz 50; Langen, § 1 Rdn 34; Müller-Henneberg im GK, § 1 Rdn 54.

einträchtigung der Freiheit zur Auswahl unter Alternativangeboten vermag sich auch durchaus zu aktualisieren, so daß eine spürbare Marktbeeinflussung in der Regel zu bejahen ist.

Die Lizenz austauschgemeinschaft mit Ausschließlichkeitsabrede erfüllt demnach die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB.

IV. Zwangslizenz als Inhalt eines Schadensersatzanspruches aus § 35 Abs. 1 GWB iVm § 1 GWB

Die Kartellaußenseiter bzw. Mitwettbewerber können von den Mitgliedern der Lizenz austauschgemeinschaft mit Ausschließlichkeitsabrede dann auf Grund der §§ 1, 35 Abs. 1 GWB, 249 S. 1 BGB eine Zwangslizenz erlangen, wenn

- a) § 1 GWB allein oder iVm § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB als Schutzgesetz im Sinne des § 35 GWB anzusehen ist,
- b) die Kartellmitglieder diese(s) Schutzgesetz(e) schuldhaft verletzen,
- c) den Kartellaußenseitern aus dieser Verletzungshandlung ein Schaden erwächst,
- d) die Schadensfolgen vom Schutzbereich des § 1 GWE umfaßt werden und
- e) der Schaden durch die Erteilung einer Zwangslizenz ausgeglichen werden kann.

1) Zur Beantwortung der Frage, wann ein Schutzgesetz im Sinne des § 35 Abs. 1 GWB vorliegt, kann auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die für den Begriff des Schutzgesetzes in § 823 Abs. 2 BGB entwickelt worden sind.¹⁾ Demnach ist der Schutzgesetz-

1) Benisch, im GK, § 35 Rdn 1; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 306; Langen, § 35 Rdn 1; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 169; Schweins, Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadensersatzanspruches..., a.a.O., S. 11; a. A. lediglich Leo, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, in WuW 1959, 485 (487); Mailänder, a.a.O., S. 169 und Schweins, a.a.O., S. 9, lehnen die Ansicht von Leo zu Recht ab. Dieses Ergebnis läßt sich auch aus der Begründung zum Regierungsentwurf entnehmen, die lediglich zur Erweiterung des § 35 GWB gegenüber § 823 Abs. 2 BGB um die "auf Grund dieses Gesetzes von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung" Stellung nimmt, ansonsten aber davon ausgeht, daß für beide Vorschriften dieselben Auslegungsgrundsätze gelten (vgl. dazu Schmiedel, Kontrahierungszwang aus § 25 Abs. 1 GWB?, in WRP 1966, 41 (43) 7.

Charakter des § 1 GWB dann zu bejahen, wenn diese Rechtsnorm als Verbots- oder Gebotsvorschrift zu qualifizieren ist und sie den Schutz von Individualinteressen bezweckt.¹⁾

a) In der Literatur²⁾ wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß § 1 GWB allein noch nicht als Verbotsnorm anzusehen ist, sondern daß § 1 GWB erst iVm § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB ein bestimmtes Verhalten - das "Sichhinwegsetzen über den unwirksamen Kartellvertrag" - verbietet.

aa) Dieser Meinung ist zuzustimmen. Ihre Richtigkeit ergibt sich zunächst einmal aus den unterschiedlichen Tatbestandsfassungen des § 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB und des § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB, und zwar insofern, als § 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB ausdrücklich die §§ 25, 26 GWB als Verbotsnormen bezeichnet, während § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB lediglich auf die Unwirksamkeit der Kartellvereinbarung abstellt.³⁾ Wenn der Gesetzgeber in § 38 GWB zwischen unwirksamen und verbotenen Rechtsgeschäften bzw. Verhaltensweisen differenziert, so bringt er dadurch zum Ausdruck, daß der Abschluß eines kooperativen Vertrages, der die Tatbestandskriterien des § 1 GWB erfüllt, noch keine verbotene Handlung darstellt. Verboten wird diese wettbewerbsrelevante Handlungsweise erst dann, wenn sich die Kartellbeteiligten über die Unwirksamkeit des Kartellvertrages hinwegsetzen und dadurch eine konkrete Gefährdung

1) vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 235 I (S. 449); Erman-Drees, BGB-Kommentar, § 823 Anm. 12 a; Lorenz, Schuldrecht BT, § 66 II (S. 435); Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 67.

2) Benisch im GK, § 35 Rdn 1; Frankfurter Kommentar, § 35 Tz 16; Müller-Gries-Giessler, § 35 Rdn 7; Langen, § 35 Rdn 4; Koch, Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkten Handlungen..., a.a.O., S. 14; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 175; Reinhart, Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, S. 92; a. A. Biedenkopf, Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 11.

3) vgl. dazu auch Schweins, Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadensersatzanspruches..., a.a.O., S. 12 ff.

bzw. Verletzung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit Dritter und eine Verfälschung der Wettbewerbsfunktionen herbeiführen.¹⁾

bb) Die Ansicht, daß § 1 GWB erst iVm § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB den Charakter einer Verbotsnorm erhält, vermag außerdem mit der rechtstechnischen Ausgestaltung der Anmelde- bzw. Erlaubnis-kartelle begründet werden.²⁾ Kartellvereinbarungen können nämlich unter bestimmten Voraussetzungen legalisiert werden. Dabei normieren die §§ 2 - 8 GWB die Voraussetzungen, unter denen Kartellverträge genehmigt werden können oder müssen. Der Gesetzgeber ist demnach von dem Vorliegen eines genehmigungsfähigen Kartellvertrages ausgegangen. Genehmigungsfähig sind jedoch nur schwebend unwirksame, nicht aber verbotene Rechtsgeschäfte.³⁾

Die vorangegangenen Erörterungen verdeutlichen, daß § 1 GWB erst iVm § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB als Verbotsnorm im Sinne des § 35 GWB angesehen werden kann. Es genügt also nicht, daß die Mitglieder der ausschließlichen Lizenz austauschgemeinschaft den nach § 1 GWB unwirksamen Vertrag abschließen, sondern es muß hinzukommen, daß sich die Beteiligten vorsätzlich über den unwirksamen Vertrag hinwegsetzen, d. h. daß Handlungen vorgenommen werden, die der Durchführung der unwirksamen Absprache dienen.⁴⁾ Verweigert

1) Zieht man eine Parallele zum Strafrecht, dann handelt es sich bei dem Abschluß eines Kartellvertrages um eine straflose Vorbereitungshandlung, die sich noch im deliktischen Vorfeld befindet (vgl. Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB, § 43 Rdn 7 ff).

2) Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 174; Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit..., a.a.O., S. 29, 30; Spenglers Ansicht, daß § 1 GWB erst iVm § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB zum zivilrechtlichen Unrechtstatbestand wird, der Schadensersatzansprüche nach § 35 Abs. 1 GWB auszulösen vermag, beruht auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen. Andernfalls könnten Dritte, bevor das Legalisierungsverfahren nach den §§ 2 ff GWB beendet ist, den Kartellvertrag mit Gerichtshilfe angreifen. Spengler will deshalb das Mitspracherecht der Gerichte bis zu dem Zeitpunkt hinausschieben, in dem entweder das BKartA bereits eine ablehnende Verfügung iSd § 35 GWB erlassen hat oder die Kartellbeteiligten, ohne die kartellrechtliche Erlaubnis abzuwarten, sich über den unwirksamen Kartellvertrag hinwegsetzen.

3) vgl. Schweins, Das Kartellverbot als Grundlage..., a.a.O., S. 14, 15; ebenso Frankfurter Kommentar, § 35 Tz 16.

4) BGH WuW/E 352 - "Nullpreis" -.

ein Mitgliedsunternehmen aufgrund der Ausschließlichkeitsabrede den Abschluß eines Lizenzvertrages mit einem Konkurrenzunternehmen, dann kann dies als eine Tätigkeit angesehen werden, die darauf abzielt, dem kraft Gesetzes nichtigen Vertrag gleichwohl Geltung zu verschaffen. In diesem Fall ist das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "Sichhinwegsetzen über einen nach § 1 GWB unwirksamen Kartellvertrag" zu bejahen.

b) Wie bereits erörtert,¹⁾ verwehrt § 1 GWB den Unternehmen die kollektive Einflußnahme auf die Marktverhältnisse, um u.a. dadurch die Wettbewerbsfreiheit von Kunden, Lieferanten und Mitbewerbern vor Beeinträchtigungen zu bewahren. § 1 GWB bezweckt damit den Schutz der Individualinteressen eines bestimmten Personenkreises und erfüllt infolgedessen die zweite Voraussetzung, die an das Vorliegen eines Schutzgesetzes geknüpft wird.²⁾

2) Für das Vorliegen eines Schadensersatzanspruchs aus § 35 Abs. 1 GWB ist weiterhin erforderlich, daß die Kartellbeteiligten in schuldhafter Weise gegen die Verbotsvorschriften der §§ 1, 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB verstoßen; § 35 Abs. 1 GWB verlangt nicht, daß die Kartellbeteiligten ein Schuldvorwurf in Bezug auf die Schadensfolgen trifft. Allerdings müssen bei Schutzgesetzverstößen alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente vorliegen, die das betreffende Schutzgesetz erfordert.³⁾ Wenn § 38 Abs. 1

1) vgl. dazu S.57.

2) vgl. auch Scholz, Wirtschaftsaufsicht..., a.a.O., S. 185; Lukes, Der Kartellvertrag, S. 188.

3) vgl. Baumann, Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht?, in AcP 155 (1956), S. 495 (511); Erman-Drees, BGB-Kommentar, § 823 Rdn 137; Fikentscher, Schuldrecht, § 104 III 3 c (S. 683); Wiethölter, § 823 Abs. 2 BGB und die Schuldtheorie, in JZ 1963, 205 (209); BGH JZ 1963, 218; RGZ 166, 40 (46).

Ziff. 1 GWB demnach ein vorsätzliches "Sichhinwegsetzen" über die Unwirksamkeit einer Kartellvereinbarung erfordert, kann infolgedessen ein Schadensersatzanspruch nach § 35 Abs. 1 GWB nur bei vorsätzlichem Handeln des Schutzgesetzadressaten ausgelöst werden.

Problematisch ist allerdings die Frage, ob sich der Vorsatz zur Vornahme der wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach der Dogmatik des Ordnungswidrigkeitenrechts, dem der § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB zuzurechnen ist, oder des Zivilrechts richtet. Diese Problematik wird durch die Tatsache begründet, daß es sich bei § 35 Abs. 1 GWB um eine Kollisionsnorm handelt, bei welcher Rechtsvorschriften aus verschiedenen rechtlichen Teilgebieten einer einheitlichen Rechtsordnung zusammenstoßen.

Im Zivilrecht ist die "Vorsatztheorie" vorherrschend, wonach zum Vorsatz nicht nur die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale, sondern auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört,¹⁾ während im Ordnungswidrigkeitenrecht die "Schuldtheorie" gilt, die zwischen dem Vorsatz und dem Bewußtsein, etwas Unerlaubtes zu tun, unterscheidet.²⁾ Dieses Bewußtsein ist ein selbständiges Element vorverfahrbaren Handelns, dessen Fehlen den Vorsatz nicht beseitigt.³⁾

Zur Beantwortung der Frage, ob bei der Anwendung des § 35 Abs. 1 GWB auf die zivilrechtliche Vorsatztheorie oder auf die strafrechtliche Schuldtheorie abzustellen ist, muß m. E. beachtet werden, daß § 35 Abs. 1 GWB als Verweisungsnorm ausgestaltet ist. So bedient sich diese Vorschrift z. B. der vom Kartellordnungswidrigkeitenrecht aufgestellten Handlungsverbote und -gebote, um

1) vgl. RGZ 119, 265 (267, 268); Erman-Battes, BGB-Kommentar, § 276 Rdn 20; Mayer-Maly, Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts, in AcP 170 (1970), 133 ff (153 ff).

2) Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 6 Anm 3 A.

3) vgl. BGH St 2, 194 (201, 209).

einen Verstoß gegen diese Verbote bzw. Gebote als schadensersatzbegründende Handlung zu kennzeichnen. Bei Berücksichtigung dieser Verweisungstechnik erscheint es angebracht, die Anforderungen, die das Ordnungswidrigkeitenrecht an das Schuldement "Vorsatz" stellt, auch in den Tatbestand des § 35 Abs. 1 GWB zu übernehmen.¹⁾

Zur Bejahung einer vorsätzlichen Handlungsweise reicht es somit aus, wenn die Teilnehmer der ausschließlichen Lizenz austauschgemeinschaft die Tatbestandsmerkmale der §§ 1, 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB kennen und diese auch verwirklichen wollen. Nicht notwendig ist es, daß sie die einzelnen Rechtsbegriffe, wie Wettbewerbsbeschränkung, Beeinträchtigung der Marktverhältnisse usw. zu erfassen vermögen. Es genügt, daß die Kartellbeteiligten eine Vorstellung vom wesentlichen Sinngehalt der Merkmale besitzen (sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre).²⁾ Sie müssen also wissen, daß sie durch die Ausschließlichkeitsabrede in der Verwirklichung von autonomen Marktaktionen auf dem Lizenzmarkt beeinträchtigt sind, und daß infolgedessen die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit anderer Marktteilnehmer beeinträchtigt wird.

Die Kartellbeteiligten können sich von dem Vorwurf der vorsätzlichen Handlungsweise nicht dadurch befreien, daß sie vortragen, sie hätten nicht geglaubt, etwas Unrechtmäßiges begangen zu haben. Das fehlende Unrechtsbewußtsein läßt den Vorsatz nicht entfallen. Nach der strafrechtlichen Dogmatik vermag ein solcher Irrtum über das "Verbotensein" der Handlung nur dann die Schuld der Mitglieder der ausschließlichen Lizenz austauschgemeinschaft auszuschließen, wenn sie unter Anwendung der Sorgfalt, die nach der Sachlage objektiv zu fordern war und die sie nach ihren persönlichen Verhältnissen erbringen konnten, nicht in der Lage gewesen wären, das Unerlaubte ihres Handelns zu erkennen.³⁾

1) so BGH JZ 1963, 218; Wiethölter, § 823 Abs. 2 und die Schuldtheorie, in JZ 1963, 205 (209); a. A. Mayer-Maly, Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis..., a.a.O., S. 162.

2) Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 6 Anm. 2 B; Schönke-Schröder, StGB, § 59 Rdn 30 m. w. Nachw.

3) vgl. BGH St 2, 194 (201, 209).

Im Hinblick auf die Bekanntheit, die das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen seit seinem Inkrafttreten gewonnen hat,¹⁾ und angesichts der Offenkundigkeit der Wettbewerbsbeschränkung, die durch den Abschluß einer ausschließlichen Lizenz austauschgemeinschaft erzielt wird, wird man wohl annehmen können, daß die Kartellbeteiligten bei Anwendung der ihnen möglichen Sorgfalt hätten erkennen können, daß ihr Tun unrechtmäßig ist. Sie hätten ihre Bedenken notfalls durch Einholung eines Rates von einem Wirtschaftsjuristen zerstreuen müssen. Kommen sie dieser Erkundungspflicht nicht nach, wird es ihnen in der Regel verwehrt sein, sich auf einen Verbotsirrtum zu berufen und sich von dem Vorwurf des schuldhaften Verstoßes gegen die §§ 1, 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB zu befreien.

3) Die schuldhaft Verletzung der §§ 1, 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB führt bei den Kartellaußenseitern bzw. Mitwettbewerbern dann zu einem Schaden, wenn diese eine Einbuße an rechtlich geschützten Gütern (immaterieller Schaden) oder am Vermögen (materieller Schaden) hinnehmen müssen.²⁾

Befolgen die Mitglieder der Lizenz austauschgemeinschaft die schuldrechtliche Verpflichtung, keine Lizenzen an Außenseiter zu vergeben, so beseitigen sie die Möglichkeit der Mitwettbewerber, mit einem Kartellbeteiligten einen Lizenzvertrag abzuschließen und beeinträchtigen damit die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der Außenseiter.

§ 1 GWB untersagt den Kartellbeteiligten aber gerade, ihre Wirtschaftspläne in der Weise abzustimmen, daß die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der Mitwettbewerber eingeschränkt wird. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit kann somit als eine rechtlich geschützte Position im Sinne der obigen Schadensdefinition

1) zur Bekanntheit des GWB vgl. die Bemerkungen in der FAZ v. 16. November 1972, S. 15 zu dem zwischen dem Deutschen Linoleum-Werk und dem Rheinischen Linoleum-Werk abgeschlossenen Preiskartell.

2) Esser, Schuldrecht AT, § 41 I 1 (S. 270); Fikentscher, Schuldrecht, § 50 I 2 (S. 282); Larenz, Schuldrecht AT, § 27 II a (S. 308); derselbe, Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht, S. 489.

verstanden werden. Nicht erforderlich ist es, der Frage nachzugehen, ob die im Rahmen des § 1 GWB geschützte wirtschaftliche Entaltungsfreiheit als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁾ oder des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb²⁾ zu begreifen ist, denn die besondere Bedeutung des § 35 Abs. 1 GWB liegt eben gerade darin begründet, daß er auch dann Schadensersatzansprüche bereitstellt, wenn kein absolutes Recht, sondern ein rechtlich geschütztes Interesse verletzt ist. Als ein solches rechtlich geschütztes Interesse läßt sich die wirtschaftliche Entaltungsfreiheit der Außenseiter qualifizieren. Ihre Beeinträchtigung stellt sich als immaterieller bzw. Nichtvermögensschaden dar.³⁾

Der schuldhafte Verstoß der Kartellbeteiligten gegen die §§ 1, 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB führt demnach zu einem immateriellen Schaden auf Seiten der Mitwettbewerber.

4) Wegen dieses Nichtvermögensschadens können die Kartellaußenseiter dann gegen die Kartellbeteiligten im Wege einer Schadensersatzklage vorgehen, wenn sie zu dem von § 1 GWB geschützten Personenkreis gehören, der Schaden an einem Rechtsgut entsteht, das durch das Kartellverbot geschützt wird und auch die Art, in der der Schaden zugefügt worden ist, vom Schutzbereich des §

1) so Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 190 - 197.

2) vgl. Hefermehl, Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, S. 285; Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, S. 55, vertritt die Meinung, daß das Recht am Unternehmen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nur dann zur Verfügung steht, wenn sondergesetzliche Schutzvorschriften zugunsten der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht bestehen.

3) Infolge der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit können den Außenseitern auch Vermögensschäden entstehen und zwar insofern, als den Außenseitern durch die Lizenzverweigerung die Möglichkeit genommen wird, das fremde technische Wissen z. B. zur Herstellung von bestimmten Produkten zu verwerten, was zur Folge hat, daß sie diese Produkte nicht vertreiben können und dadurch Gewinneinbußen einstecken müssen. Die Ermittlung der Vermögensschäden stößt jedoch auf Schwierigkeiten, da die Vermögenseinbußen nur schwerlich genau zu konkretisieren sind (vgl. Pastor in Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. 3, S. 234).

1) 1 GWB umfaßt wird.¹⁾

a) Neben den Lieferanten und Kunden gehören auch die Mitwettbewerber bzw. Außenseiter zu dem Adressatenkreis, den § 1 GWB vor den Auswirkungen einer privaten kollektiven Marktmacht schützen will.

b) Da die gesellschaftspolitische Komponente des § 1 GWB darauf angelegt ist, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Außenseiter zu schützen, stellt sich die Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsfreiheit als normadäquater Schaden dar.²⁾

c) Bei der Beantwortung der Frage, ob der Nichtvermögensschaden in Gestalt der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Kartellaußenseiter durch die Gefahren herbeigeführt worden ist, vor denen das Kartellverbot schützen will, ist zu beachten, daß § 1 GWB darauf abzielt, die Mitkonkurrenten vor Verletzungen ihrer Wettbewerbsfreiheit zu bewahren, die sich daraus ergeben, daß Kartellmitglieder ihre Marktverhaltensweisen

1) vgl. BGHZ 12, 213 (217); BGHZ 19, 114 (126); BGHZ 27, 138 (140); BGHZ 39, 366 (368); BGH JuS 1970, 301; Berg, Begrenzung der Schadensersatzpflicht durch Berücksichtigung des Schutzzwecks der Haftungsnorm, in JuS 1961, 317 (320); Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, S. 14; Esser, Schuldrecht BT, § 107 III 1 (S. 408); Larenz, Schuldrecht BT, § 66 II (S. 435); Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, S. 6; Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 16.

2) Da zwischen der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit und dem Schutz von Vermögenspositionen ein enger Zusammenhang besteht, fallen auch materielle Schäden in den Schutzbereich des § 1 GWB. Erst der Schutz von vermögenswerten Rechten und Gütern, wie z.B. dem Recht am ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb und dem Eigentum an Produktionsmitteln, gibt den Unternehmen die Möglichkeit, am Wettbewerbsprozeß teilzuhaben und von ihrer Wettbewerbsfreiheit Gebrauch zu machen, in dem sie die von ihnen produzierten Güter am Markt anbieten. Für die Unternehmen besteht nur dann ein Anreiz zu wettbewerbsrelevanten Handlungen, wenn sie ihren gegenwärtigen Bestand an Vermögensgütern vergrößern können. Infolge dieser Konnexität von Wettbewerbsfreiheit und Vermögensschutz müssen alle diejenigen Vermögensschäden in den Schutzbereich des § 1 GWB fallen, die durch die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit ausgelöst werden.

koordinieren und dadurch die machtzerteilende und freiheitssichernde Kraft des Wettbewerbs abbauen.¹⁾ Die besondere Gefahr, die von einem Kartell ausgeht, wird durch die Beseitigung des dem Wettbewerb immanenten Konkurrenzdrucks begründet.

Es bedarf infolgedessen der Prüfung, ob die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit der Mitwettbewerber daraus resultiert, daß sich die Teilnehmer der Lizenz austauschgemeinschaft durch die Ausschließlichkeitsabrede der Möglichkeit zu autonomen Marktaktionen auf dem Lizenzmarkt begeben haben. Nach der Normzweck- oder der Rechtswidrigkeitszusammenhangstheorie²⁾ muß gerade der Abbau des zwischen den Kartellunternehmen bestehenden Wettbewerbsverhältnisses zur Beschneidung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit der Außenseiter beigetragen haben.

Zwar ist die ausdrückliche Vereinbarung, Außenseiter bei der Lizenzvergabe zu diskriminieren, ein Indiz dafür, daß die Kartellmitglieder ohne dieses Instrument des äußeren Organisationszwanges mit den Mitbewerbern Lizenzverträge abgeschlossen hätten, doch vermag dieses Indiz noch nicht die konkrete Ermittlung der hypothetischen Marktentwicklung zu ersetzen, die sich bei einem von Ausschließlichkeitsabreden freien Lizenzmarkt angebahnt hätte. So hätten die Kartellmitglieder auch durch ein abgestimmtes Parallelverhalten die Außenseiter von der Lizenznahme ausschließen können. Um festzustellen, ob die Kartellunternehmen ohne das Vorliegen der Ausschließlichkeitsabrede mit den Konkurrenten Lizenzverträge abgeschlossen hätten, können allenfalls die Gegebenheiten des Lizenzmarktes berücksichtigt werden, die vor der Einführung der ausschließlichen Lizenz austauschgemeinschaft bestanden haben. War es üblich, allen Unternehmen durch den Abschluß von Lizenzverträgen den Zugang zum technischen Wissen zu eröffnen, kann davon ausgegangen werden, daß gerade

1) vgl. dazu auch Koch, Schadensersatz bei unerlaubten..., a.a.O., S. 118 ff; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 185 ff.

2) Esser, Schuldrecht BT, § 107 III 16 (S. 408, 409); Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 79.

die wettbewerbsbeschränkende Ausschließlichkeitsabrede dafür ursächlich geworden ist, daß den Mitbewerbern die Möglichkeit versagt ist, mit den Kartellbeteiligten Lizenzverträge auszuhandeln. In diesem Fall beruht die Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit auf den Gefahren, die von einer privaten kollektiven Marktmacht ausgehen; demzufolge ist auch die Art des Schadens vom Schutzbereich des § 1 GWB gedeckt.¹⁾

5) Die Kartellaußenseiter können wegen dieses Nichtvermögensschadens von den Kartellbeteiligten eine Zwangslizenz begehren, wenn durch die Außerlegung einer Zwangslizenz der Zustand hergestellt werden könnte, der ohne das schadensstiftende Ereignis bestehen würde (§ 249 S. 1 BGB).²⁾

Läßt sich nachweisen, daß gerade durch die Ausschließlichkeitsklausel der Wettbewerb auf dem Lizenzmarkt ausgeschlossen worden und der Lizenzvertragsabschluß mit Außenseibern verweigert worden ist, kann der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts, die in § 249 S. 1 BGB normiert ist, nur dadurch Genüge getan werden, daß gegen die Kartellteilnehmer, die einem Mitwettbewerber die Vergabe einer Lizenz vorenthalten haben, eine Zwangslizenz verhängt wird. Ein Schadensersatzanspruch in Geld kommt nicht in Betracht, da ein Nichtvermögensschaden grundsätzlich durch Naturalrestitution ausgeglichen zu werden vermag und nur in Ausnahmefällen (§ 253 BGB), die hier nicht vorliegen, eine Entschädi-

1) "Ob" und "Umfang" des Schadens bestimmt sich demnach nicht nach der Theorie des adäquaten Kausalitätszusammenhanges, sondern nach den Wertungsgesichtspunkten, die der verletzten Rechtsnorm zu entnehmen sind. Die Prüfung, ob der Schaden normadäquat ist, vermag deshalb zu überzeugen, weil die Rechtsnorm eine bestimmte Rechtspflicht aufstellt - z. B. keine wettbewerbsbeschränkenden Abreden zu vereinbaren - und der Schaden gerade aus dieser Verletzung der Rechtspflicht resultieren muß; vgl. dazu auch Caemmerer, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, in NJW 1956, 569 (570): "Die nötige Begrenzung der Schadensüberwälzung ist nicht in irgendwelchen generell zu bestimmenden Eigenschaften des Kausalzusammenhanges zu finden, der juristisch relevant sein soll. Es muß vielmehr auf die Tragweite der konkreten Norm abgestellt werden."

2) Zur Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts vgl. Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens..., a.a.O., S. 93 ff.

gung in Geld verlangt werden kann.

Das Gericht hat demnach dem Patentinhaber die Pflicht aufzuerlegen, mit dem Lizenzsucher einen Lizenzvertrag abzuschließen. Der Patentinhaber wird im Sinne des § 894 ZPO zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet.¹⁾ Dabei hat das Gericht im einzelnen die Konditionen des Lizenzvertrages festzulegen, damit dieser vollstreckungsfähig wird.²⁾

Zur Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Lizenzsuchers reicht es aus, wenn diesem eine - nichtausschließliche - Befugnis zur Benutzung der Erfindung, also eine einfache Lizenz eingeräumt wird.³⁾

Problematisch ist die Frage, welche Lizenzgebühr der Lizenzsucher an den Lizenzgeber zu entrichten hat. Denn es ist zu beachten, daß der Lizenzsucher als Schadensersatz lediglich die Herstellung seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit verlangen kann, nicht aber eine Verbesserung seiner wirtschaftlichen Vermögensposition erreichen soll. Dies bedeutet, daß der Lizenzsucher dem Patentinhaber eine angemessene Lizenzgebühr zu zahlen hat. Für die Bemessung der Vergütung ist maßgebend, was bei einer vertraglichen Einigung ein vernünftiger Lizenznehmer gewähren würde.⁴⁾ Anhaltspunkte für die Ermittlung einer adäquaten Lizenzgebühr sind folgende Kriterien: Bedeutung der Erfindung, Gewinnentwicklung aufgrund der Marktlage, weitere Rentabilitätsaussicht und Umfang des Patentschutzes.⁵⁾ Soll eine Zwangslizenz an einem grundlegenden Patent verhängt werden, so ist es durchaus

1) Anders beim Zwangslizenzverfahren nach § 15 PatG. Hier wird dem Lizenzsucher unmittelbar mit der Erteilung der Zwangslizenz ein Nutzungsrecht an dem Streitpatent verliehen (RGZ 86, 436, 438).

2) vgl. Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, § 1 VI, S. 5.

3) Auch das RG (Bd 83, S. 274, 276) läßt bei der Erteilung einer Zwangslizenz nach § 15 PatG nur eine nichtausschließliche Lizenz zu.

4) In Bezug auf § 15 PatG vgl. Klauer-Möhring-Nirk, Patentgesetz, § 15 Anm 22; RGZ 171, 227, 239.

5) Beckensträter, Die Festsetzung einer Entschädigung bei leicht fahrlässiger Patent- und Gebrauchsmusterverletzung, in GRUR 1963, 231 (235); Benkard-Löschner, Patentgesetz, § 15 Anm 10.

möglich, die Lizenzgebühr auf über 10 - 15 % des Endverkaufspreises der patentierten Produkte festzulegen. Die Art der Vergütung kann in einmaligen oder wiederkehrenden - ganz - halb - oder vierteljährlichen - Zahlungen bestehen.¹⁾ Der Lizenzsucher kann des weiteren verpflichtet werden, über seine Verkaufstätigkeit Rechnung zu legen oder es kann einem noch zu benennenden Dritten die Möglichkeit eingeräumt werden, die Handelsbücher des Lizenzsuchers einzusehen, um die Angaben über den Absatz der patentgeschützten Produkte nachprüfen zu können.

Die Urteilsformel könnte somit folgenden Wortlaut haben:²⁾

"Dem Beklagten (=Patentinhaber) wird die Verpflichtung auferlegt, dem Kläger (=Lizenzsucher) an dem Patent Nr. 1.589.000 eine nichtausschließliche Lizenz in der Weise zu erteilen, daß der Kläger den Apparat nach der Patentanmeldung Nr. 2.560.000 herstellen und vertreiben darf. Die Lizenzgebühr wird auf 15 % des Verkaufspreises festgesetzt. Die Abrechnung und Zahlung der Lizenzgebühr erfolgt am Ende eines Kalenderjahres, zum ersten Mal am 31.12.1973.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger hat eine Sicherheit in Höhe von DM 50.000,-- in bar oder durch Bürgschaft einer deutschen Großbank zu leisten."

Da die Erteilung einer Zwangslizenz im Wege der Schadensersatzklage nach den §§ 1, 35 GWB an Voraussetzungen geknüpft ist, die nur selten vorliegen dürften, wird die Auferlegung einer Zwangslizenz im Wege einer Schadensersatzklage nach §§ 1, 35 Abs. 1 GWB die Ausnahme bleiben.

Trotzdem vermag diese Schadensersatzverpflichtung zur Verwirklichung der generalpräventiven Funktion des Schadensersatzrechts beizutragen, indem sie dafür sorgt, daß die Verletzung von Rechtspositionen, die durch GWB-Vorschriften geschützt werden, eine angemessene Sanktion erfährt und damit die Rechtsgenossen davon abhält, durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen diese Rechtspositi-

1) In Bezug auf § 15 PatG vgl. Reimer-Neumar, § 15 Anm 9.

2) angelehnt an die Urteilsformel des RG in GRUR 1935, 877, abgedruckt in Benkard-Löschner, § 15 Anm 10.

onen zu zerstören.¹⁾

V. Ergebnis

1. Zwischen § 1 und § 20 GWB besteht kein Konkurrenzverhältnis im Sinne einer Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz. Die Rechtsnorm des § 20 GWB ist auch nicht als Interpretationsrichtlinie für die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenz austauschgemeinschaften heranzuziehen.

2. § 1 GWB bezweckt den Schutz des Wettbewerbs als eines marktwirtschaftlichen Ordnungsprinzips und den Schutz der wirtschaft-

1) In der Literatur wird der generalpräventiven Funktion z. T. die gleiche Bedeutung beigemessen wie der Ausgleichsfunktion: vgl. Schmidt-Salzer, Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzerertrag als Grundlagen der Schadensberechnung, in JR 1969, 81 ff; Steindorff, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, in AcP 158, 431 (454 ff).
Gegen diese Ansicht ist einzuwenden, daß im Kartellrecht das Recht der Ordnungswidrigkeiten die Aufgabe übernommen hat, der Verletzung von Rechtsvorschriften präventiv vorzubeugen. So ist z.B. die Geldbuße ein materiell spürbarer Appell an alle Unternehmen, die Gebote und Verbote des GWB zu beachten (vgl. Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Vorbem. zu § 1, Rdn 3). Das Kartellamt hat die Präventivfunktion des Kartellordnungswidrigkeitenrechts z. B. dadurch unterstrichen, daß es gegen zwei Unternehmen auf dem Linoleummärkte eine Geldbuße in Höhe von 5,6 Mill. DM (FAZ vom 28. 2. 1972, S. 15) verhängte, gegen die Chemiefaserhersteller einen Bußgeldbescheid in Höhe von 48,44 Mill. DM erließ (aus Informationen für die Deutsche Praxis, Bußgeldbescheide gegen Chemiefaserhersteller, in WuW 1972, 399). Hauptzweck des § 35 GWB ist daher der Ausgleich von konkret eingetretenen Schäden, während sich die Präventivfunktion des Schadensersatzanspruches lediglich als Reflexwirkung des Ausgleichsgedankens erweist (so auch: Deutsch, Abschied von der culpa in concreto, in JuS 1967, 496 (499); Kittner, Zivilrechtliche Prävention ..., a.a.O., DB 1970, 884; Koziol, Ersatz der Haftpflicht ..., a.a.O., ZfRV 11, 16 (19); Larenz, Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip..., a.a.O., NJW 1959, 865; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens..., a.a.O., S. 109.)

lichen Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer.

3. Unter Zugrundelegung des Konzepts vom funktionsfähigen Wettbewerb liegt eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB dann vor, wenn das Wechselspiel von Aktionen dynamischer Unternehmen und Reaktionen der Marktkonkurrenten ausgeschaltet oder abgeschwächt ist.

4. Die einfache Lizenz austauschgemeinschaft führt zu keiner Wettbewerbsbeschränkung. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die gemeinsame Patentnutzung die durch das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" geschaffene Risikolage beseitigt, doch wird dieser Risikoabbau durch das Risiko der Instabilität der Lizenz austauschgemeinschaft kompensiert.

5. Dagegen bewirkt die ausschließliche Lizenz austauschgemeinschaft eine Beschränkung des Wettbewerbs. Sie verstößt gegen das gesellschaftspolitische Leitziel des § 1 GWB: "Sicherung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit von Mitwettbewerbern, Lieferanten und Kunden".

6. Die Kartellaußenseiter können von den Beteiligten der ausschließlichen Lizenz austauschgemeinschaft gemäß den §§ 1, 35 GWB die Erteilung einer Zwangslizenz verlangen. Die Einräumung einer Zwangslizenz stellt sich als Ausgleich für die Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit dar.

Allerdings ist die Verhängung einer Zwangslizenz nur unter engen Voraussetzungen möglich. So muß der Lizenzsucher insbesondere dartun, daß ihm bei Nichtvorliegen der wettbewerbsbeschränkenden Ausschließlichkeitsabrede von dem an der Lizenz austauschgemeinschaft beteiligten Patentinhaber ein Benutzungsrecht an dem betreffenden Patent erteilt worden wäre. Insofern ist eine Prognose über die hypothetische Marktentwicklung aufzustellen, die im Einzelfall nur schwerlich festgestellt werden kann.

7. Das zuständige Gericht hat die Konditionen der Zwangslizenz festzulegen. Dabei kann es sich im wesentlichen an die zu § 15 PatG entwickelten Grundsätze anlehnen.

C) Zwangslizenz als Rechtsfolge des § 22 Abs. 4 GWB

I. Verhältnis von § 22 GWB zu § 20 GWB

Zwischen dem Mißbrauchstatbestand des § 22 Abs. 3 GWB und § 20 GWB besteht dann ein Konkurrenzverhältnis im Sinne einer Gesetzes- oder Anspruchskonkurrenz, wenn beide Rechtsnormen einen kongruenten Subsumtionsbereich¹⁾ und einen gemeinsamen rechtspolitischen Zweck aufweisen.²⁾

1. Zwar umfaßt § 22 Abs. 3 GWB nach seiner Neufassung durch die Kartellgesetznovelle vom 15. Sept. 1965 nicht nur die im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen auftretenden Mißbrauchstatbestände, doch könnte die in § 20 GWB getroffene Regelung für den Teilbereich der vertraglichen Patentverwertung als *lex specialis* gegenüber dem § 22 Abs. 3 GWB angesehen werden.

2. Einem solchen Rangverhältnis muß jedoch deshalb die Anerkennung versagt werden, weil beiden Rechtsvorschriften eine unterschiedliche rechtspolitische Zielsetzung zugrundeliegt. Gesetzgeberischer Grund für die Schaffung des § 20 GWB ist die Überlegung, daß der Lizenzgeber an der technischen Erfindungsidee ein Ausschließlichkeitsrecht innehat und infolge dieser Rechtsstellung befähigt ist, dem Lizenznehmer, der einen Lizenzvertrag begehrt, einseitig belastende Vertragsbedingungen aufzuerlegen, die den Schutzrechtsinhalt des Patents überschreiten und den Lizenznehmer in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit einengen.³⁾

Wie bereits kurz aufgezeigt⁴⁾ und noch zu erörtern sein wird, begründet das Rechtsmonopol "Patent" nur in Ausnahmefällen ein Wirtschaftsmonopol bzw. eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 GWB. Infolgedessen vermag § 20 GWB nicht vor

1) vgl. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 211.

2) vgl. die Ausführungen auf S. 22.

3) Begründung zum Regierungsentwurf, abgedruckt im GK, 1. Aufl., S. 1089; Dreiss, Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzvertragssystemen, S. 87; Enders, Technisch notwendige Bezugspflichten, a.a.O., S. 17, 18; Rasch, § 20 Anm 1 a.

4) vgl. oben S. 13 Fußn. 1

den Gefahren zu schützen, die von der vertraglichen Patentverwertung eines Unternehmens ausgehen, das aufgrund seiner Marktposition nicht mehr dem Kontrollmechanismus des Wettbewerbs ausgesetzt ist und damit eine vertragliche Patentpolitik betreiben kann, die bei Vorliegen eines wirksamen Wettbewerbs nicht möglich gewesen wäre.

Für den Teilbereich der vertraglichen Patentverwertung kann § 20 GWB somit nicht den § 22 Abs. 3 GWB verdrängen, weil § 20 GWB der mißbräuchlichen Ausnutzung einer Rechtsstellung entgegenwirken, während § 22 Abs. 3 GWB die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung unterbinden will.¹⁾

II. Ausgangsfälle

1. Ausgangsfall: Das Unternehmen A hat ein Patent für ein optisches Objektivsystem erhalten. Kurze Zeit darauf gelingt dem Konkurrenzunternehmen B, aufbauend auf der technischen Lösungsidee des Unternehmens A, eine Verbesserungserfindung, die alle Voraussetzungen des § 1 PatG - Neuheit, Fortschritt und Erfindungshöhe - aufweist. B meldet die Erfindung beim DPA an, erhält ein Patent²⁾ und produziert und vertreibt derartige Objektive. Nunmehr fordert das Unternehmen A das Unternehmen B auf, Produktion und Vertrieb der Objektive einzustellen. B möchte mit A einen Lizenzvertrag abschließen, was das Unternehmen A jedoch ablehnt. In der Zwischenzeit stellt B die Objektive weiter her und bringt sie zum Verkauf. Daraufhin klagt das Unternehmen A gemäß § 47 Abs. 1 PatG auf Unterlassung der Herstellung und des Vertriebs der Objektive mit der zutreffenden Begründung, daß das Patent mit der jüngeren Priorität von dem Erfindungsgedanken des Patents mit der älteren Priorität Gebrauch mache und sich damit die Ausübung des jüngeren Patents als Eingriff in sein Patentrecht darstelle. Das beklagte Unternehmen B beantragt bei dem nach §

1) so Dreiss, Die kartellrechtliche..., a.a.O., S. 206 ff; Schulte, Lizenzaustauschverträge und Patentgemeinschaften..., a.a.O., S. 90; Strohm, Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen, S. 409; a. A. Reimer im GK, § 20 Rdn 23.

2) Die Abhängigkeit von einer anderen Erfindung berührt die Wirksamkeit eines Patents nicht. Demnach ist ein Einspruch gegen die Patenterteilung und auch eine Nichtigkeitsklage unbegrün-

51 Abs. 1, 2 PatG sachlich zuständigen Landgericht, daß der Patentrechtsstreit nach § 96 Abs. 2 GWB so lange ausgesetzt wird, bis das BKartA entschieden hat, daß die Verweigerung einer Lizenz nach § 22 Abs. 3 GWB als mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen ist, die dem BKartA gemäß § 22 Abs. 4 GWB die Berechtigung zur Erteilung einer Zwangslizenz gewährt. Das Gericht setzt daraufhin das Verfahren bis zur Entscheidung des BKartA aus.¹⁾

2. Ausgangsfall: Das marktbeherrschende Unternehmen C hat ein neues Fotokopierverfahren entwickelt und patentiert. Auf Grund einer Marketingstudie beschließt das Unternehmen, die technologische Verbesserung noch nicht auf den Markt zu bringen, da für die Fotokopiergeräte, die nach dem herkömmlichen Verfahren arbeiten, noch ein Verkäufermarkt besteht. Das neue Verfahren soll erst in drei bis fünf Jahren eingeführt werden, wenn die Marktnachfrage für die jetzigen Modelle abgenommen hat und eine neue Marktstimulanz benötigt wird.²⁾ Der Außenseiter D fragt bei dem

Forts. v. Fußn. 2):

det (vgl. Benkard-Bock/Bruchhausen, § 6 Rdn 179). Die Ausübung des abhängigen Patents bedarf demgegenüber der Zustimmung des Inhabers des älteren Patents (vgl. Benkard..., § 6 Rdn 179).

- 1) vgl. dazu Kellermann, Der Einfluß des GWB auf die Verwertung von gewerblichen Schutzrechten, in GRUR 1959, 569 (577): "Die Kammer für Patentstreitigkeiten bleibt somit selbst dann zuständig, wenn der Beklagte kartellrechtliche Einwendungen gegen den Klageanspruch erhebt. Wird allerdings ein derartiger Einwand erhoben..., und hängt die Entscheidung des Rechtsstreits von dieser Vorfrage ab, so hat die Kammer für Patentstreitsachen das Verfahren nach § 96 Abs. 2 GWB auszusetzen; siehe auch Löscher, Zehn Jahre Kartellsenat, Ehrengabe für Bruno Heusinger, S. 289 ff (291).
- 2) vgl. dazu Schmidt, Obsoleszenz und Mißbrauch wirtschaftlicher Macht, in WuW 1971, 868 (872); Mansfield, The Economics of technological Change, S. 104... "the automobile manufactures refused to install power steering. They had a seller's market and there was no pressure to install it."

Unternehmen C an, ob letzteres sich dazu bereiterklären würde, mit D einen Lizenzvertrag über das neue technologische Verfahren abzuschließen. C entgegnet, daß eine Lizenzierung des technischen Wissens aufgrund der gegenwärtigen Marktlage erst in einigen Jahren erfolgen könne.

Kann das Bkarta dem Außenseiter D nach § 22 Abs. 4 GWB eine Zwangslizenz zusprechen, um dadurch zu erreichen, daß die Nachfrager mit dem Produkt versorgt werden, das auf dem zur Zeit höchsten technologischen Stand steht?

III. Marktbeherrschende Stellung aufgrund eines Patents?

Ausgangspunkt unserer Erörterung muß die Frage sein, ob das Rechtsmonopol "Patent" eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 GWB zu begründen vermag.

Nach der Legaldefinition des § 22 Abs. 1 GWB liegt eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens vor, wenn "es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist."

Auf dem relevanten Markt,¹⁾ der sich bei der Patentrechtsausübung in den Verkauf der patentierten Produkte (Produktmarkt) und in die Lizenzierung des technischen Wissens (Lizenzmarkt) aufteilen läßt, ist der Patentinhaber dann ohne Wettbewerber, wenn allein seine patentierten Erzeugnisse gleichartige Nachfragegewünsche zu befriedigen vermögen und mit anderen Produkten nicht funktionell austauschbar sind.²⁾

1) Grundlage für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist die Abgrenzung des relevanten Marktes, die nach sachlichen, örtlichen und zeitlichen Abgrenzungskriterien zu erfolgen hat. Diese Marktabgrenzung erfordert das Tatbestandsmerkmal "für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen" (vgl. Langen, § 22 Rdn 13). Die vorliegende Untersuchung befaßt sich nur mit der sachlichen Abgrenzungskomponente, da sie die wesentlichste ist und die Entscheidung, ob die beiden anderen Kriterien vorliegen, kaum Schwierigkeiten bereiten dürfte.

2) Dieses Konzept des Bedarfsmarktes bejahen auch: Barnickel, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, in WuW 1961, 246 (249, 254); Bartholomeyczik im GK, § 22 Rdn 21, 22; Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, S. 136 ff, 168;

Wenn das Patent seinem Rechtsträger auch eine rechtliche Ausschließlichkeitsstellung gewährt, so vermag es doch in der Regel keine Substitutionssperre zu errichten. Vielmehr werden andere Produkt- und Verfahrenserfindungen vorhanden sein, die die gleichen Bedürfnisse der Abnehmer saturieren können.¹⁾

Erst durch den Erwerb aller substitutiver Patente und unter der Voraussetzung, daß keine anderen nichtpatentierten technischen Lösungsideen auf dem relevanten Markt vorhanden sind, wird ein Unternehmen in der Lage sein, sich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 1. Altern. GWB zu verschaffen,²⁾ denn nach diesen Erwerbsakten kann es gemäß § 47 Abs. 1 iVm § 6 PatG allen Konkurrenten die Erzeugung, den Verkauf und den Gebrauch der Produkte, die dem relevanten Markt angehören, untersagen.

Der Patentinhaber wird sich nur in ganz wenigen Ausnahmefällen allein aufgrund seiner Rechtsstellung eine wirtschaftliche Mo-

Forts. v. Fußn. 2):

Bollak, Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Recht, in Aktuelle Probleme des EWG-Rechts, S. 223 ff (228); Frankfurter Kommentar, § 22 Tz 12, 13; Günther, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 23; Müller-Gries-Giessler, § 22 Rdn 10, 11; Freitag, Wirksamer Wettbewerb und potentielle Konkurrenz, in WuW 1971, 294 (296); Rasch-Westrick, § 22 Rdn 7; Schmidt, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, in WuW 1965, 453 (458); Tetzner, Kartellrecht, S. 100; BGH WuW/E 1027 (1029) - "Sportartikelmesse II"; a. M. Gleiss-Helm, Relevanter Markt bei Originalersatzteilen und Originalzubehör, in BB 1968, 570 (571): Sie stellen auf die Kreuzpreiselastizität ab; vgl. dazu auch Krusche, Marktverhalten und Wettbewerb, S. 15 ff.

1) In diesem Sinne auch: Bartholomeyczik, UK, § 22 Rdn 96; Grupp, Kontrahierungszwang nach dem Kartellgesetz, S. 63; Käufer, Patente, Wettbewerb..., a.a.O., S. 65; Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung..., a.a.O., S. 18; Müller-Gries-Giessler, § 22 Rdn 9; Pleyer, Patent und Wirtschaftsordnung..., a.a.O., S. 497 Fußn 12; Rasch-Westrick, § 22 Rdn 12; Roth, Das Erfindermonopolrecht und das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 30; Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 448; Schulte, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften..., a.a.O., S. 71.

2) Unterburg, Die Bedeutung der Patente in der industriellen Entwicklung, S. 79; vgl. auch Roth, Das Erfindermonopolrecht..., a.a.O., S. 32.

nopolstellung verschaffen können. Ein solches Erstarken seiner Rechtsstellung zu einer marktbeherrschenden Stellung vermag allenfalls eine Pioniererfindung zu bewirken, durch welche ein sogenannter Produkt-Markt geschaffen wird. Wie KRAFT-KREUTZ¹⁾ dargelegt haben, sind derartige Märkte jedoch äußerst selten, so daß auch einem Pioniererfinder fast kaum eine wirtschaftliche Monopolstellung erwachsen kann.

Da der Patentinhaber nur ausnahmsweise allein durch seine rechtliche Ausschließlichkeitsstellung eine vollkommene Monopolisierung des relevanten Marktes erreichen kann, bedarf es der weiteren Prüfung, ob der Patentinhaber deshalb eine marktbeherrschende Stellung ausübt, weil er keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 22 Abs. 1 2. Altern. GWB).

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, daß sich der wirtschaftliche Wettbewerb durch das Interdependenzverhältnis zwischen den einzelnen Unternehmen auszeichnet. Da ein Unternehmen in seinem Geschäftserfolg von dem Verhalten anderer Unternehmen fühlbar abhängig ist, muß es sein marktstrategisches Verhalten nach dem Verhalten seiner Mitkonkurrenten ausrichten. Sein Erfolg beim Absatz oder Erwerb von Wirtschaftsgütern hängt davon ab, welche Preise und Geschäftsbedingungen es offeriert und wie sich dazu die Konditionen seiner Mitwettbewerber verhalten.

Ein Unternehmen ist deshalb keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt, wenn dieses Interdependenzverhältnis aufgelöst ist und das Unternehmen bei der Gestaltung seiner Wirtschaftspläne und Aktionsparameter keine Rücksicht auf Mitwettbewerber nehmen muß.²⁾

Ein solcher Marktverhaltenstest ist jedoch mit einigen Unsicherheitsfaktoren behaftet. Es müssen deshalb weitere Kriterien, wie z. B. Marktstruktur, Zugangsbarrieren für Außenseiter, heran-

1) Kraft-Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 49: "Heute konkurrieren Erzeugnisse, die bisher mit traditionellen Materialien und Methoden hergestellt werden, mit Substituten, die mit neuartigen Materialien und Produktionsverfahren hergestellt werden."

2) Borchard-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung..., a.a.O., S. 73; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 316; Leo, Das marktbeherrschende Unternehmen in den §§ 22, 26 GWB, 10 Jahre Kartellgesetz, S. 291 ff (305); Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 15; Schmidt, Relevanter Markt, Marktbeherrschung..., a.a.O., WuW 1965, 453 (461, 462).

gezogen werden, um die globale Bewegungsfreiheit des Marktherrschers festzustellen.¹⁾

Aber selbst unter Anwendung dieser "Mosaiktheorie" ist die Entscheidung, ob die zweite Alternative des § 22 Abs. 1 GWB gegeben ist, nur schwer zu fällen.²⁾

Für die vorliegenden Ausgangsfälle soll unterstellt werden, daß diejenigen Unternehmen, gegen die sich der Verdacht einer mißbräuchlichen Marktmachtausnutzung richtet, eine marktbeherrschende Stellung innehaben, wobei sich die marktbeherrschende Stellung nicht zuletzt auch auf technische Schutzrechte stützen soll.

-
- 1) Der Referentenentwurf des BWiMin vom 28.10.70 legt im § 22 Abs. 2 N. F. ebenfalls die Mosaiktheorie zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zugrunde: Er stellt auf die Kriterien "Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt" ab; vgl. auch EG Kommission WuW/E EV 353 (354) - "Continental Can Company"; zu dem Konzentrationsvertrag der "Continental Can Company" vgl. auch die Entscheidungsrezensionen von Emmerich, Art. 86 EWGV; Art. 1, 3 VO Nr. 17 ("Continental Can Comp.") in JuS 1972, 280 (281) und Fack, Machtblöcke in Europa (Das erste Konzentrationsverfahren der EWG-Kommission) in FAZ vom 19. Februar 1972, S. 15, 5. Spalte; Von Freitag, Wirksamer Wettbewerb..., a.a.O., WuW 1971, 294 ff und Bartholomeyczik, Wann aktualisiert sich der potentielle Wettbewerb für die Rechtsanwendung, in WuW 1971 (766) wird vorgetragen, daß zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch der potentielle Wettbewerb zu berücksichtigen sei, und zwar soll sich der potentielle Wettbewerb für die Rechtsanwendung in § 22 Abs. 1 GWB dann aktualisieren, wenn das etablierte marktbeherrschende Unternehmen bei seiner Geschäftsplanung damit beginnt, sich sichtbar auf einen künftigen Wettbewerb angewiesen zu fühlen.
 - 2) Zu der Praktikabilitätsfeindlichkeit des § 22 Abs. 1 GWB vgl. Säcker, Von der Sicherung der Freiheit..., a.a.O., S. 34; vgl. auch Benisch, Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Referat, gehalten auf einer Veranstaltung des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (FIW), über welches im Handelsblatt vom 17. Okt. 1972 auf S. 2 berichtet wurde.

IV. Wann stellt sich die Patentpolitik der Unternehmen als mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung dar?

1. Infolge der generalklauselartigen Weite des Tatbestandsmerkmals "Mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung" bereitet es außergewöhnliche Schwierigkeiten, den § 22 Abs. 3 GWB einer praktikablen juristischen Auslegung zuzuführen.¹⁾ Wahrscheinlich ist die Vielschichtigkeit dieses Tatbestandskriteriums auch die Ursache dafür, daß in der kartellrechtlichen Literatur²⁾ eine Vielzahl von Lösungskonzepten zur Umschreibung des Mißbrauchsbegriffs erarbeitet worden sind. Diesen Lösungskonzeptionen vermag nur dann zugestimmt zu werden, wenn sie bei der Auslegung des § 22 Abs. 3 GWB dem Gedanken Rechnung tragen, daß der Mißbrauchsbegriff ein funktionsbezogener Begriff ist.³⁾ Die funktionelle Betrachtungsweise verlangt, daß das Verhalten⁴⁾ des marktbeherrschenden Unternehmens bei der Bewertung, ob es mißbräuchlich ist, zum Sinngehalt des § 22 GWB in Beziehung gesetzt wird.⁵⁾

-
- 1) Hennig, Die Mißbrauchsüberwachung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in NJW 1968, 573 (575).
 - 2) vgl. dazu die Übersicht bei Fikentscher, Als-Ob-Wettbewerb und Mißbrauchs-begriff, S. 13 ff; Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 43.
 - 3) siehe dazu auch Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung..., a.a.O., S. 85 ff.
 - 4) § 22 knüpft an das Marktverhalten der Unternehmen an (vgl. Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse nach Art. 86 EWG-Vertrag, Festschrift für Hallstein, S. 322 (330); LG Köln WuW/E LG/AG 112 (113) - "Fahrzeugbewachung"). Dieses Marktverhalten kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen [vgl. Ballerstedt, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im GWB, Festschrift für Böhm, S. 179 (182)].
 - 5) Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip..., a.a.O., AcP 166, 30 (68); Christl, Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung, in BB 1960, 297 (299); Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen des GWB als Schutzgesetze, S. 33 ff; Fikentscher, Als-Ob-Wettbewerb, a.a.O., S. 26; Grützmacher, Kartellrechtliche Beurteilung der Verwertung technischer Schutzrechte, S. 73; Jung, Zum Begriff des Mißbrauchs im Kartellrecht, in NJW 1965, 1117; Raisch, Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, Wettbewerb als Aufgabe, S. 357 (378); Rowedder, Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV, in Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, S. 247 (251); Schlegel, Marktmacht und Mißbrauch, WuW 1968, 176 (186); vgl. auch BGH NJW 1964, 925 (927) in Bezug auf die Frage einer mißbräuchlichen Ausnutzung eines Rabattkartells.

Sinn und Zweck des Mißbrauchstatbestandes ergibt sich aus einem Vergleich mit § 1 GWB.

Untersagt das Kartellverbot den Unternehmen die Bildung einer privaten kollektiven Marktmacht, um dadurch die gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Wettbewerbsfunktionen vor Verfälschungen zu schützen,¹⁾ dann ist ein solcher Schutz erst recht dann vonnöten, wenn sich ein Unternehmen aufgrund von Betriebszusammenführungen oder aufgrund eigener wirtschaftlicher Tätigkeit eine marktbeherrschende Stellung aufgebaut hat und ihm durch die Unabhängigkeit von dem Marktverhalten anderer Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, wettbewerbsinadäquate Preise zu fordern und durch Ausschließlichkeitsklauseln das Absatzsystem gegenüber Außenseitern zu verschließen.²⁾

Der Vergleich mit § 1 GWB führt somit zu der Erkenntnis, daß der Mißbrauchstatbestand einerseits darauf angelegt ist, den Freiheitsspielraum wirtschaftlich schwächerer Marktteilnehmer vor den Auswirkungen übermäßig starker Marktmacht zu schützen,³⁾ und daß die Rechtsnorm des § 22 Abs. 3 GWB andererseits darauf abzielt, die gesamtwirtschaftlichen Funktionen des Wettbewerbs vor Verfälschungen zu bewahren.⁴⁾

1) vgl. dazu die Ausführungen auf S. 30 ff.

2) Baur, Der Mißbrauch..., a.a.O., S. 197: "Ausschließlichkeitsbindungen mit Hilfe der Marktmacht systematisch durchgesetzt, sperren die Absatzwege und damit den Markt für Neuankömmlinge.."

3) so auch Baur, Der Mißbrauch..., a.a.O., S. 102; Mestmäcker, Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen..., a. a. O., in DB 1968, 835 (836); LKartA WuW/E 1361 (1369) - "Fernost-Schiffahrtskonferenz"; LKartB WuW/E 131; vgl. auch Mestmäcker, Verpflichtet § 22 GWB die Kartellbehörde..., a.a.O., in DB 1968, 1800. Die freiheitssichernde Funktion des § 22 Abs. 3 GWB ergibt sich auch aus einem rechtssystematischen Vergleich mit § 26 Abs. 2 GWB, der sich als Konkretisierung des Mißbrauchstatbestandes darstellt und deshalb auch als Interpretationsrichtlinie für § 22 GWB gelten kann (vgl. Baur, Der Mißbrauch..., a.a.O., S. 204; Gentz, Das Diskriminierungsverbot in § 26 II GWB und § 9 KartVO, in WuW 1961, 587 (590) m. w. Nachw. in Fußn. 16; BGH WuW/E 1027 (1030) - "Sportartikelmesse II").

4) so auch Schmidt, Zum Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht..., a.a. O., in DB 1968, 1795 (1797); für den Mißbrauchstatbestand des Art. 86 EWGV vgl. Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung..., a.a. O., S. 88 ff; Sarnighausen, Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 56 ff hält eine machtmißbräuchliche Handlungsweise dann für gegeben, wenn eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Allgemeinwohls vorliegt.

2. Die Zielsetzungen des § 22 GWB vermögen jedoch allein noch nicht eine praktikable Bewertungsgrundlage dafür abzugeben, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens in den Verbotsbereich des Mißbrauchstatbestandes fällt. Es müssen vielmehr weitere Maßstäbe gefunden werden, die erkennen lassen, welchen Intensitätsgrad die Verfälschung der ökonomischen und gesellschaftspolitischen Wettbewerbsfunktionen erreichen muß, um als mißbräuchlich im Sinne des § 22 Abs. 3 GWB angesehen werden zu können.¹⁾

Zur Verdeutlichung dieser Tatsache möge folgendes Beispiel dienen: Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen aufgrund einer offensiven Preispolitik andere Unternehmen vom Markt verdrängt, wird die wirtschaftliche Handlungsfreiheit dieser, vom wettbewerblichen Ausleseprozeß betroffenen Unternehmen völlig beseitigt. Zieht man die gesellschaftspolitische Komponente des § 22 GWB heran, so könnte man zu dem Ergebnis gelangen, daß sich das Wachstum des marktbeherrschenden Unternehmens auf Kosten ineffizienter Unternehmen als Mißbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung qualifizieren läßt, obwohl kein Zweifel darüber besteht, daß dieser Verdrängungswettbewerb, weil er auf der besseren wirtschaftlichen Leistung beruht, nicht vom Unrechtsgehalt des § 22 GWB erfaßt werden kann.

Dieses Beispiel unterstreicht die Notwendigkeit, die normativen Ziele des § 22 GWB durch weitere Wertungsmaßstäbe zu ergänzen, die präzise Hinweise darüber geben, wann sich die Beschneidung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer oder das Fordern erhöhter Preise als mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung erweist.

Nur wenn es gelingt, solche Wertungsmaßstäbe zu finden, kann § 22 Abs. 3 GWB für die Praxis verfügbar gemacht und verhindert werden, daß der Mißbrauchstatbestand zu einer Wirtschaftslenkungsnorm umgepolt wird, die sich einer richterlichen Überprü-

1) Zu dem Problemkreis der finalen und kausalen Tatbestandselemente vgl. Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, S. 81.

fung gänzlich verschließt.¹⁾ Infolge des Umstandes, daß § 22 Abs. 4 iVm § 22 Abs. 3 GWB dem BKartA die Möglichkeit einräumt, dem in § 22 Abs. 1 und Abs. 2 GWB genannten Adressatenkreis durch Mißbrauchsverfügungen mißbräuchliches Marktverhalten zu untersagen, gebietet nicht zuletzt auch das Rechtsstaatsprinzip, welches in der Verfassungsnorm des Art. 20 GG niedergelegt ist,²⁾ und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung,³⁾ daß die Ermächtigungsgrundlage der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so daß die Eingriffe in die Planungszuständigkeit der Unternehmen meßbar und in gewissem Umfang für das einzelne Unternehmen voraussehbar und berechenbar sind.

a) Der Gedanke des "Als-Ob-Wettbewerbs" ist einer der Beurteilungsmaßstäbe für die Beantwortung der Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zielfunktionen, die § 22 GWB verfolgt, zuwiderhandelt und sich damit mißbräuchlich verhält.⁴⁾

Vor allem SCHMIDT⁵⁾ hat in seinen Publikationen immer wieder darauf hingewiesen, daß das Prinzip des "Als-Ob-Wettbewerbs" ein

-
- 1) vgl. auch Baur, Der Mißbrauch..., a.a.O., S. 66 - 77: Nach Baur gehört die Mißbrauchsaufsicht nicht dem Bereich der politischen Aufsicht, der Wirtschaftslenkung an, sondern ist nach der Intention des Gesetzgebers, so wie sie im inneren System des Gesetzes zum Ausdruck kommt, als Rechtsaufsicht konzipiert.
 - 2) vgl. Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, S. 93.
 - 3) BVerfG E 8, 274 (325): "Dieser Grundsatz fordert nicht nur irgendeine, sondern eine begrenzte und näher bestimmte Ermächtigung der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte; er zielt darauf ab, die Eingriffe der öffentlichen Gewalt möglichst berechenbar zu machen."
 - 4) Der Als-Ob-Wettbewerb ist als wirtschaftswissenschaftlicher Begriff von Miksch u. Eucken entwickelt worden; vgl. dazu die Darstellung von Fikentscher, Als-Ob-Wettbewerb..., a.a.O., S. 8 ff.
 - 5) Schmidt, Relevanter Markt, Marktbeherrschung..., a.a.O., WuW 1965, 453 ff; derselbe, Zum Nachweis des Mißbrauchs..., a.a.O., WuW 1967, 636 ff; derselbe, Methodische Bedenken gegen Generalklauseln..., a.a.O., JZ 1967, 247 ff; derselbe, Zum Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 GWB, in DB 1968, 1795 ff.

geeignetes Wertungskriterium für den Mißbrauchstatbestand sei.¹⁾ Dieser Beurteilungsmaßstab beruht auf einem Vergleichsmarktkonzept: Dem am Markt vorgefundenen Zustand eines möglicherweise verfälschten Wettbewerbs wird ein theoretisch zu ermittelnder Wettbewerbszustand gegenübergestellt, der dann vorliegen würde, wenn ein funktionsfähiger Wettbewerb bestünde. Ergibt sich bei dieser Prüfung, daß in einem ungestörten Wettbewerb bessere Marktergebnisse erzielt werden, so ist ein mißbräuchliches Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens gegeben. Gegen dieses "Als-Ob-Konzept" spricht aber, daß keine sicheren Maßstäbe zur Ermittlung der Markt-Ergebnisse auf einem hypothetischen funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt existieren.²⁾ Der spekulativen Möglichkeiten des BKartA, wettbewerbsgerechte Marktergebnisse zu ermitteln, wären damit keine Grenzen gesetzt und die Gerichte könnten nur schwerlich überprüfen, ob die von der Kartellbehörde durch Mißbrauchsverfügungen vorgenommenen Preiskorrekturen der Preisskala entsprechen, die sich bei funktionsfähigem Wettbewerb eingespielt hätte.³⁾

b) In der kartellrechtlichen Literatur⁴⁾ wird außerdem vorge-schlagen, die Monopolrechtsprechung des Reichsgerichts zur Konkretisierung des Mißbrauchstatbestandes heranzuziehen, deren Grundzüge in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. Dezem-

1) so auch Pleyer-Holschbach, Lastschriftverfahren und Monopol-mißbrauch, in DB 1972, 761 (763); WuW/E BKartA 1189 (1193) - "Handpreisauszeichnungsgerät"; vgl. auch das Verfahren des BKartA gegen die Benzinpreise der Autobahntankstellen, in WRP 1969, 370; BGH WuW/E 667 (672, 673) - "Zementkontor - Untereibe".

2) Baur, Der Mißbrauch..., a.a.O., S. 48.

3) Den Als-Ob-Wettbewerb als Maßstab für ein mißbräuchliches Marktverhalten lehnen ebenfalls ab: Gabriel, Mißbrauch wirtschaftlicher Macht: Kriterien, Verfahren, Maßnahmen, in WuW 1968, 581 (596); Hoppmann, Workable Competition..., a.a.O., S. 270; Kreutz, Die mißbräuchliche Ausnutzung..., a.a.O., S. 70; Woll, Das Konzept des "Workable Competition", in WiSu 1972, 15 (19).

4) Frankfurter Kommentar, § 22 Tz 43 ff; v. Hahn, Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen, in BB 1959, 1279 (1282).

ber 1933¹⁾ zusammengestellt sind. Gegen die Übertragung der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur sittenwidrigen Ausnutzung einer Monopolstellung auf den Mißbrauchstatbestand des § 22 Abs. 3 GWB muß jedoch geltend gemacht werden, daß das Reichsgericht lediglich auf die Individualinteressen der von den Leistungen des Monopolunternehmens abhängigen Verkehrsteilnehmer abstellt und somit keine Wertungsmaßstäbe für die Verfälschungen der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen des § 22 GWB bereitstellt.²⁾

c) Praktikable und auch justiziable Kriterien zur Beantwortung der Frage, mit welcher Intensität die von dem § 22 GWB verfolgten Zielfunktionen verfälscht werden müssen, um das Marktverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens als mißbräuchlich bezeichnen zu können, vermag man allenfalls aus den von den einschlägigen GWB-Normen vorgezeichneten Interessensbewertungen zu entnehmen.

In Bezug auf die gesellschaftspolitische Zielsetzung des Mißbrauchstatbestandes - Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit von Mitbewerbern, Kunden und Lieferanten - hat BAUR³⁾ einen solchen Weg zur Konkretisierung des § 22 Abs. 3 GWB beschrieben.

1) RGZ 143, 24 (28 ff); Danach hat das Reichsgericht es als sittenwidrig im Sinne der §§ 138, 826 BGB erachtet, wenn ein Monopolinhaber

- a) seine Vorzugsstellung dazu mißbraucht, um den einzelnen willkürlich und aus unlauteren Gründen von den Bedingungen auszuschließen, die der Allgemeinheit sonst dargeboten sind (RGZ 48, 114 (127));
- b) unter Mißbrauch seiner Machtstellung dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer auferlegt - [RGZ 102, 396 (397); 103, 82 (83); 115, 253 (285); 128, 92 (96); 133, 388 (391)]⁷;
- c) mißbräuchlich bei den Bedingungen, zu denen er Verträge abschließt, einseitig seine Belange zugrundelegt. [RGZ 99, 107 (109)]⁷;
- d) unter Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr als billig empfundenen Rechtslage sich unverhältnismäßige Vorteile ausbedingt, zumal wenn hierdurch dem Verkehr besondere Fesseln aufgezwungen werden [RGZ 115, 218 (219)]⁷.

2) Baur, Der Mißbrauch..., a.a.O., S. 80.

3) Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 196 ff; nach Baur's Ansicht zielt § 22 GWB allein darauf ab, die Individualinteressen von wirtschaftlich schwächeren Marktteilnehmern zu schützen. Allerdings unterläßt es Baur, den Nachweis zu erbringen, warum § 22 GWB nicht auch den Schutz der gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsfunktionen bezweckt (vgl. Baur's Argumentation auf S. 102, 103).

BAUR geht davon aus, daß die Mißbrauchsbestimmungen des GWB auf zwei Grundmodelle zurückzuführen sind: den Rechtsformen- und den Machtmißbrauch.

Während der Rechtsformenmißbrauch dadurch gekennzeichnet ist, daß von einer rechtlich anerkannten Gestaltungsmöglichkeit (Rabatt-, Spezialisierungskartell) ein mißbräuchlicher Gebrauch gemacht wird, indem sie zur Verwirklichung systemfremder Ziele eingesetzt wird, geht es beim Machtmißbrauch darum, die individuellen Interessen wirtschaftlich oder sozial schwächerer Teilnehmer im Rechtsverkehr vor übermäßiger Machtausübung zu schützen; methodischer Grundsatz zur Lösung des hier entstehenden Problems, die Freiheitsbereiche der mächtigen und die der schwächeren Marktpartner abzugrenzen, ist eine Abwägung der Interessen aller Beteiligten, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertungen.

Nach BAUR stellt sich im Rahmen dieser Interessensabwägung das Problem, ob Rechtsnormen vorhanden sind, die, wenn auch ihrem Tatbestand nach nicht unmittelbar anwendbar, doch Wertungen verkörpern, die in den Abwägungsprozeß einfließen können.

Nach diesen grundsätzlichen Überlegungen leitet BAUR¹⁾ sodann aus dem Oberbegriff "Machtmißbrauch" die beiden Fallgruppen des Behinderungs- und des Ausbeutungsmißbrauchs ab.

Für die Lösung der sich bei der Fallgruppe des Behinderungsmißbrauchs ergebenden Konflikte zwischen den Interessen der marktbeherrschenden Unternehmen an der Erhaltung bzw. dem Ausbau ihrer Marktposition durch Ausschließlichkeits-, Koppelungsklauseln und Kampfpreisunterbietungen und den Interessen der Mitwettbewerber an ungezügelter Marktentfaltung und freiem Marktzutritt, greift BAUR auf die von § 18 GWB, § 3 Abs. 1 GWB und der Boykottrechtsprechung zu § 1 UWG ausgesprochenen Wertentscheidungen zurück.

Die andere Stoßrichtung des Machtmißbrauchs, der Ausbeutungsmißbrauch, erschöpft sich nach BAUR²⁾ vor allem in der mißbräuchlichen Preisgestaltung durch marktbeherrschende Unternehmen.

1) Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 196 ff.

2) Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 226 ff.

Diese Art der monopolistischen Marktausbeutung äußert sich in den meisten Fällen in einer Preisdifferenzierung, die den Unternehmen sowohl eine Marktstrategie der Gewinn- als auch der Absatzmaximierung erlaubt, da sie ihren Umsatz vergrößern können, ohne von ihrer hohen Preisstellung abgehen zu müssen. BAUR beurteilt die Fälle des Ausbeutungsmißbrauchs mit Hilfe der in den §§ 26 Abs. 2 2. Altern., 3 Abs. 1, 17 Abs. 1 S. 2 und 18 GWB getroffenen Interessenbewertungen des GWB-Gesetzgebers.

Die Arbeitsmethode, die BAUR zur Konkretisierung des Mißbrauchstatbestandes in Bezug auf die Verfälschung der individual-rechtlichen Schutzrichtung des § 22 GWB entwickelt hat, kann auch zur Präzisierung des Mißbrauchstatbestandes in Bezug auf die Beeinträchtigungen der gesamtwirtschaftlichen Zielfunktionen des § 22 GWB übernommen werden.

Während zur Beantwortung der Frage, ob das marktbeherrschende Unternehmen in mißbräuchlicher Weise die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Mitwettbewerber und anderer Marktteilnehmer beschneidet, eine Interessenbewertung zwischen den sich gegenüberstehenden Individualinteressen erforderlich ist, gebietet die Problematik der mißbräuchlichen Verfälschung der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen des § 22 GWB eine Abwägung zwischen den Individualinteressen der marktbeherrschenden Unternehmen an der Verwirklichung ihrer Unternehmenspolitik und dem Interesse der Öffentlichkeit an dem Schutz der von § 22 GWB verfolgten gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen, wie z. B. der Zusammensetzung des Warenangebots nach Konsumentenpräferenzen und der Beschleunigung des technischen Fortschritts.¹⁾

Welche Interessen im Einzelfall vorrangig zu behandeln sind, wird mit Hilfe der Bewertungsmaßstäbe von solchen GWB-Bestimmungen entschieden, die vergleichbare Lebenssachverhalte zum Regelungsinhalt haben. An Hand der Ausgangsfälle soll diese Arbeitsmethode zur Auslegung des Mißbrauchstatbestandes näher und detaillierter aufgezeigt werden.

3.a) Im ersten Ausgangsfall²⁾ könnte in dem Marktverhalten des

1) vgl. S. 47, 48.

2) vgl. S. 72.

Unternehmens A - Nichtvergabe einer Lizenz an das Unternehmen B - insofern eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu sehen sein, als es durch diese Maßnahme der von § 22 GWB geschützten gesamtwirtschaftlichen Zielfunktion "Durchsetzung des technischen Fortschritts" zuwiderhandelt.

Das Hauptkennzeichen des technischen Fortschritts ist darin begründet, daß er in seinem Entwicklungsprozeß immer wieder auf den bereits vorhandenen Lösungsideen aufbaut. Der Raum für im patentrechtlichen Sinne unabhängige Erfindungen wird dabei um so kleiner, je weiter die technische Evolution vorangetrieben ist.

Durch die Weigerung des marktbeherrschenden Unternehmens, mit dem Inhaber des abhängigen Patents einen Lizenzvertrag abzuschließen, wird jedoch nicht gegen die gesamtwirtschaftliche Zielfunktion "Fortentwicklung des technischen Fortschritts" verstoßen. Dem Inhaber des abhängigen Patents ist lediglich verwehrt, die Erfindung auszuwerten und die patentierten Erzeugnisse auf dem Markt anzubieten.¹⁾

Die Nichtvergabe einer Lizenz zugunsten des Inhabers des abhängigen Patents könnte jedoch insofern als mißbräuchliches Marktverhalten qualifiziert werden, als dadurch eine Verbesserung der Bedürfnisbefriedigung der Verbraucher verhindert wird. In der Tat ist nicht zu leugnen, daß durch das Marktverhalten des Unternehmens A gegen die von § 22 GWB verfolgte gesamtwirtschaftliche Zielsetzung "Zusammensetzung des laufenden Güterangebots nach Konsumentenpräferenzen mit dem Ziel einer gesteigerten Bedürfnisbefriedigung auf Seiten des Verbrauchers" verstoßen wird. Denn es wurde bereits festgestellt, daß das Unternehmen B seine abhängige Erfindung nicht ohne Zustimmung des Unternehmens A verwerten kann, und daß demzufolge den Nachfragern Pro-

1) vgl. auch Kraft-Kreutz, Patent und Wettbewerb, S. 59. K.-K. weisen darauf hin, daß der Inhaber des älteren Patents allein schon deshalb zur Ausübung seiner patentrechtlichen Befugnisse befugt sein muß, weil sonst sein älteres Recht durch ein jüngerer Recht verkümmert würde.

dukte, die auf einem höheren technologischen Entwicklungsstand stehen, vorenthalten werden.

b) Allerdings dürfen bei der Beurteilung, ob die Nichtvergabe einer Lizenz sich als mißbräuchliches Marktverhalten qualifizieren läßt, die schutzwürdigen Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausser acht gelassen werden. Dem marktbeherrschenden Unternehmen muß insbesondere ein Interesse daran zugestanden werden, daß der Schutzzumfang seines Grundpatents nicht dadurch ausgehöhlt wird, daß Konkurrenzunternehmen abhängige Erfindungen entwickeln, um sich auf diese Weise Zugang zu dem Erfindungsgedanken des Grundpatents zu verschaffen, indem sie vortragen, daß das marktbeherrschende Unternehmen ihnen deshalb die Benutzung des Grundpatents gestatten müsse, weil ihm ansonsten ein mit dem Unwerturteil des Machtmißbrauchs behaftetes Verhalten vorgeworfen werden könne. Die Gefahr der Aushöhlung des Grundpatents ist dabei um so größer, je leichter sich die abhängigen Erfindungen entwickeln lassen.¹⁾

Eine normative Wertung oder Setzung von Prioritäten im Hinblick auf die skizzierten, sich einander gegenüberstehenden, privaten und öffentlichen Belange läßt sich aus der Rechtsnorm des § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB entnehmen.

Diese Vorschrift will den Gefahren vorbeugen, die sich für die Produktion, den Absatz und die Versorgung der Verbraucher daraus ergeben, daß den Teilnehmern des Rabattkartells eine gewisse Marktmacht anwächst,²⁾ die diesen gestattet, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer zu beschneiden³⁾ oder die gesamtwirtschaftlichen Funktionen des Wettbewerbs zu ver-

1) vgl. Falck/Ohl, Zur Reform der Bestimmungen über Schutzbereich und Verletzung des Patents, in GRUR 1971, 541 (546). Auch das RG scheint diese Gefahr zu sehen, wenn es das öffentliche Interesse an der Erteilung einer Zwangslizenz im Sinne des § 15 PatG für eine abhängige Erfindung nur dann bejaht, wenn die abhängige Erfindung für die Belange der Allgemeinheit einen wesentlichen Fortschritt bedeutet [vgl. RGZ 126, 266 (267); RG GRUR 1936, 489 (490)].

2) Fingerhut, Das Rabattkartell, S. 97.

3) Diese individualrechtliche Zielsetzung des § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB ergibt sich aus der Tatbestandsmodalität...", insbesondere die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit in einer Wirtschaftsstufe erschwert...".

fälschen.¹⁾ Gerade diese Zielsetzungen sind auch dem Mißbrauchs-
tatbestand des § 22 GWB aufgegeben.

Infolge der Gleichartigkeit der Zielfunktionen des § 3 Abs. 3
Nr. 2 GWB und des § 22 GWB bestehen keine Bedenken, die gesetz-
liche Wertung des § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB über die Frage entscheiden
zu lassen, wann die privaten Interessen des marktbeherrschenden
Unternehmens an der Aufrechterhaltung eines umfassenden Patent-
schutzes hinter dem öffentlichen Interesse an der "Zusammenset-
zung des Güterangebots nach Konsumentenpräferenzen" zurückzutre-
ten haben.

Unter Heranziehung des in § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB normierten Beur-
teilungsmaßstabs genießt diese gesamtwirtschaftliche Zielfunk-
tion dann Vorrang vor den obengenannten Individualinteressen und
stellt sich die Weigerung des marktbeherrschenden Unternehmens
A, dem Unternehmen B eine Lizenz am Grundpatent zu erteilen,
demnach als mißbräuchliches Marktverhalten dar, wenn die Nicht-
lizenzierung eine "offensichtlich schädliche Wirkung" für die
angemessene Versorgung der Verbraucher hat. Eine offensichtlich
schädliche Wirkung für die angemessene Versorgung des Verbrau-
chers weist die Nichtlizenzierung auf, wenn ohne nähere Prüfung
erkennbar²⁾ oder augenfällig³⁾ ist, daß die Verweigerung der Li-
zenz und die daraus resultierende Nichtverwertung des abhängigen
Patents zu einer nennenswerten Beeinträchtigung des Verbraucher-
interesses führt. Solch eine nennenswerte Beeinträchtigung der
Verbraucherversorgung ist dann noch nicht zu verzeichnen, wenn
die bisher auf dem relevanten Markt angebotenen Produkte in "aus-
reichendem Maß" die Bedürfnisse des Verbrauchers zu erfüllen ver-
mögen, selbst wenn diese Produkte nicht dem letzten "technical
standard" entsprechen. Erst eine Warenverknappung kann als nen-
nenswerte Beeinträchtigung der Versorgung der Verbraucher bezeich-

1) Auf die gesamtwirtschaftliche Zielfunktion weisen die Tatbestands-
alternativen "offensichtlich schädliche Wirkungen für den Ab-
lauf von Erzeugung oder Handel oder für die angemessene Ver-
sorgung der Verbraucher" hin.

2) Fingerhut, Das Rabattkartell, S. 107; Frankfurter Kommentar,
§ 5 Tz 57.

3) Benisch, Kumulation von Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW
1959, 765 (779).

net werden.¹⁾

Die Nichtvergabe einer Lizenz zugunsten des Unternehmens B vermag demzufolge nicht als marktmißbräuchliches Verhalten des Unternehmens A anzusehen sein.

4. Im zweiten Ausgangsfall²⁾ beeinträchtigt das marktbeherrschende Unternehmen C durch sein Marktverhalten ebenfalls nicht die gesamtwirtschaftliche Wettbewerbsfunktion "Durchsetzung des technischen Fortschritts". Es hat vielmehr durch die Patentanmeldung die technische Innovation den Mitwettbewerbern offengelegt und damit die reaktiven Unternehmen zu adäquaten Gegenmaßnahmen herausgefordert, so daß insoweit das Wechselspiel von initiativen und imitativen Wettbewerbsphasen nicht gestört ist.

Allenfalls kann das Marktverhalten des Unternehmens C gegen die gesamtwirtschaftliche Zielsetzung des § 22 GWB "Zusammensetzung des laufenden Güterangebots nach Konsumentenpräferenzen" verstossen. Auch in diesem Fall ist nicht zu übersehen, daß das Unternehmen C durch seine Marketingpolitik dem Verlangen der Verbraucherseite nach einem Güterangebot, das dem letzten Entwicklungsstand der Technik entspricht, nicht genügt.

Allerdings darf dem marktbeherrschenden Unternehmen C nicht die Berufung auf eigene wirtschaftliche Interessen gänzlich abgeschnitten werden. Andernfalls würde dem marktbeherrschenden Unternehmen jede Möglichkeit einer aktiven Marktpolitik genommen, wenn man auch nur den geringsten Verstoß gegen die Zielfunktionen des Wettbewerbs dem Mißbrauchstatbestand unterstellen wollte. Dem marktbeherrschenden Unternehmen können nicht generell alle Marktverhaltensweisen untersagt werden, die der Sicherung seiner Marktposition oder der Verwirklichung seiner Marktstrategie dienen.

Zur Beantwortung der Frage, welchen der obengenannten Interessen der Vorrang einzuräumen ist, ist wiederum ein Rückgriff auf den

1) Frankfurter Kommentar, § 3 Tz 60.

2) vgl. S. 73.

Beurteilungsmaßstab des § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB vonnöten.

Da die Marketingpolitik des Unternehmens C keine Warenverknappung herbeiführt und damit auf die Versorgung der Verbraucher keinen nennenswerten Einfluß ausübt, kann auch dem Unternehmen C keine mißbräuchliche Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen werden.

Für den weiteren Gang der Untersuchung soll jedoch unterstellt werden, daß das Unternehmen C aufgrund seiner durch Patente abgesicherten marktbeherrschenden Stellung eine Marketingpolitik betreibt, die eine nennenswerte Beeinträchtigung der Verbraucherversorgung zur Folge hat.

V. Zwangslizenz aufgrund des § 22 Abs. 4 GWB

Unter der Voraussetzung, daß das Marktverhalten des Unternehmens C als mißbräuchliche Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung zu bezeichnen ist, ergibt sich das Problem, ob das BKartA aufgrund des § 22 Abs. 4 GWB dem Außenseiter D eine Zwangslizenz an dem Patent des Unternehmens C zusprechen kann, um sicherzustellen, daß die Marktgegenseite mit den patentgeschützten Produkten versorgt wird. Inwieweit § 22 Abs. 4 GWB die Ermächtigungsgrundlage für eine solche administrative Zwangsmaßnahme bildet, wird mit Hilfe der herkömmlichen juristischen Auslegungsmethoden untersucht.

1. Obwohl die historische Auslegungsmethode nur in den seltensten Fällen zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis verhelfen kann,¹⁾ soll dennoch nicht auf ihre Aussagen zu dem vorliegenden Problembereich verzichtet werden.

Aus der amtlichen Begründung zum GWB-Regierungsentwurf²⁾ ist zu entnehmen, daß Verfügungen der Kartellbehörde aufgrund des § 22 Abs. 4 GWB Einzelverfügungen sind, die für die Zukunft ein bestimmtes Verhalten verbieten.³⁾

1) Nedelmann, Die Praxis des BKartA bei der Auslegung des GWB..., S. 48 ff; vgl. auch S. 30.

2) in der Fassung vom 27. Juli 1957.

3) abgedruckt im GK, 1. Aufl., S. 1092.

Durch die Verwendung des Begriffs "verbieten" wird verdeutlicht, daß dem BKartA nicht die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, marktbeherrschenden Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen positiv zu gebieten. Das BKartA sollte durch den § 22 Abs. 4 GWB vielmehr lediglich in die Lage versetzt werden, die betreffenden Unternehmen durch Erlaß einer Mißbrauchsverfügung in rechtsverbindlicher Weise auf ihre mißbräuchlichen Marktverhaltensweisen hinzuweisen, damit diese nunmehr aus eigener Initiative ihre mißbräuchliche Unternehmenspolitik abstellen können. Auf den subjektiven Willen der Gesetzgebungsorgane, die Monopolunternehmen nicht dem Diktat der Kartellbehörden auszusetzen, weisen auch die Stellungnahmen des Bundesrats zum Entwurf des GWB hin, nach welchen die Kontrolle über die marktbeherrschenden Unternehmen nicht zu einem übermäßigen staatlichen Dirigismus führen dürfe.¹⁾ Ebenfalls wird im Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik betont, daß mißbräuchliche Vertragsbestimmungen lediglich untersagt bzw. für unwirksam erklärt werden können.²⁾ Ein Indiz für den Willen des Gesetzgebers, den § 22 Abs. 4 nicht als Instrument für eine staatliche Vertragsgestaltung auszubauen, ist auch in dem Umstand zu sehen, daß der Vorschlag der Arbeitsgemeinschaft "Soziale Marktwirtschaft", die marktbeherrschenden Unternehmen einem allgemeinen Kontrahierungs- und Lizenzzwang auszusetzen,³⁾ keinen Eingang in die Gesetzeskodifikation gefunden hat.⁴⁾ Der gesetzgeberische Wille in Bezug auf die Bandbreite der Verwaltungsmaßnahmen, die auf Grund des § 22 Abs. 4 GWB ergehen können, könnte jedoch durch die Novellierung des Mißbrauchstatbestandes im Jahr 1965 eine Modifikation erfahren haben. Zwar wurde der Wortlaut des § 22 Abs. 4 GWB nicht verändert, doch bleibt zu untersuchen, ob die Neufassung des § 22 Abs. 3 GWB⁵⁾ nicht auch den

1) Änderungsvorschläge des Bundesrates, abgedruckt im GK, 1. Auflage, S. 1136.

2) siehe dazu GK, 1. Auflage, S. 1190.

3) vgl. WuW 1953, 710 (712).

4) vgl. auch Frankfurter Kommentar, § 22 Tz 66.

5) § 22 Abs. 3 GWB a.F. umfaßte nur den Mißbrauch bei der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen in Verträgen und den Abschluß von Koppelungsverträgen; zum Novellierungsvorgang vgl. Benisch, Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965, in DB 1965, 1035 (1039).

Willen des Gesetzgebers manifestiert, die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde dahingehend zu erweitern, daß sie von nun an auch die Befugnis zur Auferlegung von Zwangsverträgen umfassen soll.

In der Tat scheint die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf der Kartellgesetznovelle von 1965 für einen derartigen Bedeutungswechsel zu sprechen, wenn sie ausführt; "Nach (bisher) geltendem Recht kann der Betroffene andere als die in § 22 Abs. 3 bezeichneten Mißbräuche, z. B. die mißbräuchliche Verweigerung der Belieferung, nur in einem oft langwierigen und kostspieligen Zivilprozeß aufgrund des § 26 Abs. 2 iVm § 35 GWB unmittelbar angreifen. Nach der vorgeschlagenen Generalklausel wäre es möglich, daß der Betroffene bei der Kartellbehörde ein (kostenfreies) Amtsverfahren mit dem Ziel eines unmittelbaren Eingriffs der Kartellbehörde anregt und damit schnell zum Ziel gelangt." Obwohl der Problembereich des Kontrahierungszwanges nicht ausdrücklich angeführt wird, kann dennoch aus dieser Begründung zum Regierungsentwurf entnommen werden, daß der Fall der mißbräuchlichen Nichtbelieferung mit Waren dadurch gelöst werden soll, daß das BKartA die zwangsweise Belieferung durch die Auferlegung eines diktierten Vertrages erzwingt.

Allerdings steht diese Auffassung mit dem Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium zur Reform des GWB in Widerspruch, das die Bundesregierung auch dem Parlament zugeleitet hat.¹⁾ In diesem Gutachten wird ausgeführt, daß die Mißbrauchsaufsicht den marktbeherrschenden Unternehmen nicht ein bestimmtes Verhalten vorschreiben will, sondern sich darauf beschränkt, solche Verhaltensweisen zu untersagen, die als mißbräuchlich iSd § 22 GWB angesehen werden können.

Angesichts dieser differierenden Meinungen über die Reichweite des Gestaltungsinstrumentariums der Kartellbehörde hätte es bei der Novellierung des GWB von 1965 einer Berichtigung des Wortlautes von § 22 Abs. 4 GWB bedurft, um den Willen der Gesetzge-

1) vgl. die Nachw. bei Mestmäcker, Der Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen im deutschen, italienischen und europäischen Recht, S. 11.

bungsorgane hinreichend deutlich in Erscheinung treten zu lassen, daß das BKartA durch § 22 Abs. 4 GWB ermächtigt wird, den marktbeherrschenden Unternehmen ein bestimmtes Verhalten positiv vorzuschreiben. Ohne diese Klarstellung vermag der gesetzgeberische Wille nicht mit hinreichender Sicherheit dahingehend interpretiert zu werden, daß § 22 Abs. 4 GWB Rechtsgrundlage für einen allgemeinen Kontrahierungs- bzw. Lizenzierungszwang auf Anweisung des BKartA sein soll.

2. Während die historische Auslegungsmethode zu keinem eindeutigen Interpretationsergebnis führt, kann mit Hilfe der grammatischen Auslegungsmethode¹⁾ der Schluß gezogen werden, daß § 22 Abs. 4 GWB nicht als Ermächtigungsgrundlage für einen allgemeinen Kontrahierungs- bzw. Lizenzzwang anzusehen ist.

Der Gebrauch des Verbuns "untersagen" weist im Gegensatz zu den Begriffen "gebieten, verpflichten" nicht auf eine positive Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde hin. Erschließt man den Bedeutungsinhalt des Tatbestandsmerkmals "untersagen" mit sprachtechnischen Kriterien, so muß man demnach zu dem Ergebnis gelangen, daß sich die nach § 22 Abs. 4 GWB möglichen Verwaltungsmaßnahmen des BKartA darin erschöpfen, den marktbeherrschenden Unternehmen z. B. ein bestimmtes Preisgebaren zu verbieten; dagegen erlaubt es § 22 Abs. 4 GWB dem BKartA nicht, den betreffenden Unternehmen ein bestimmtes Preisverhalten zu diktieren.

3. Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die rechtspolitische Zwecksetzung des § 22 Abs. 4 GWB eine Erweiterung des durch Wortinterpretation festgestellten Subsumtionsbereichs des Tatbestandsmerkmals "untersagen" gebieten kann.²⁾ Die rechtspolitische Zielsetzung des § 22 Abs. 4 GWB läßt sich mittels einer gesetzessystematischen Betrachtungsweise feststellen.³⁾ Diese Auslegungsmethode beruht auf dem Gedanken, daß die ratio legis einer singulären Rechtsvorschrift von den ordnungspoliti-

1) vgl. Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 18 ff.

2) vgl. Bartholomeyczik, a.a.O., S. 18 ff.

3) Auf die teleologische Auslegungsmethode wird nicht zurückgegriffen, da sie bei der Ermittlung des rechtspolitischen Zwecks des § 22 Abs. 4 GWB nicht weiterhelfen kann.

schen Richtigkeitsgedanken der sie umlagernden Rechtsnormen mitbestimmt wird, da eine Gesetzeskodifikation keine bloße Aneinanderreihung von einzelnen Rechtsnormen darstellt, sondern eine Normeneinheit bildet, die erst in ihrer Gesamtheit die funktionalen Zielsetzungen des Gesetzes verwirklichen kann.¹⁾

a) Die Entscheidung des Gesetzgebers für den Ordnungsmechanismus "Wettbewerb" spricht dafür, daß die Wirtschaftspläne von dem Unternehmen selbständig erstellt und verwirklicht werden, ohne daß der Staat, wie in der Zentralverwaltungswirtschaft, steuernd in die Produktions-, Vertriebs-, Investitions- und Preispolitik der Unternehmen eingreift.²⁾

Diese Entscheidung für den Wettbewerb als autonomes Steuerungsmittel des Wirtschaftsgeschehens ist jedoch nur solange richtig, als die Unternehmen dem Konkurrenzdruck der Mitwettbewerber ausgesetzt sind, der dafür sorgt, daß die dem Wettbewerb aufgegebenen Zielsetzungen in optimaler Weise erfüllt werden. Bildet sich jedoch aufgrund besserer Leistungsfähigkeit oder aufgrund von Betriebszusammenlegungen ein marktbeherrschendes Unternehmen heraus, fehlt es an diesem Konkurrenzdruck durch andere Wirtschaftseinheiten und das monopolistische Unternehmen kann seine Aktionsparameter ohne Rücksicht auf die zu erwartenden Verhaltensweisen anderer Unternehmen einsetzen. Wenn dann noch die Marktgegenseite keine Gegenmacht³⁾ zu bilden imstande ist, weil sie z. B. eine atomistische Marktstruktur aufweist, so vermag das marktbeherrschende Unternehmen eine Marktpolitik zu betreiben, die zu einer Verfälschung der Wettbewerbsfunktionen führt.⁴⁾

1) vgl. S. 30, 31.

2) Sölter, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb - Wege zur Absatzförderung und Marktpflege für Markenartikel -, in MA 1965, 303 (318).

3) zum wirtschaftspolitischen Modellbild der gegengewichtigen Marktmacht vgl. Bartholomeyczik, Das Gegengewichtsprinzip und die Funktionsfähigkeit des Austauschvertrages in der modernen Rechtsentwicklung, S. 52, 53.

4) vgl. das Verfahren des BKartA gegen die Deutsche Städte-Reklame GmbH wegen des Verdachts des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Nachweis aus FAZ vom 20. Juli 1972, S. 13). Die Deutsche Städte-Reklame GmbH, deren Gesellschafter 20 Städte mit mehr als 150.000 Einwohnern sind, hat mit diesen und mit 900 weiteren Städten Pachtverträge abgeschlossen, die

Um einer solchen Pervertierung der Wettbewerbsfunktionen entgegenzuwirken, ist das BKartA aufgrund des § 22 Abs. 4 GWB dazu berufen, das Marktverhalten der marktbeherrschenden Unternehmen zu überwachen und mißbräuchliche Verhaltensweisen abzustellen. Durch die Rechtsnorm des § 22 Abs. 4 GWB werden dem BKartA diejenigen verwaltungstechnischen Gestaltungsmittel eingeräumt, die es benötigt, um mißbräuchliches Marktverhalten auszuschalten. Die nach § 22 Abs. 4 GWB möglichen Verwaltungsmaßnahmen der Kartellbehörde werden demnach durch den allgemeinen Mißbrauchstatbestand des § 22 Abs. 3 GWB bestimmt: sie stellen sich als das Mittel dar, um das übergeordnete Ziel - Eliminierung von Mißbrauchsfällen - zu verwirklichen. Wenn die Mißbrauchshandlung eines marktbeherrschenden Unternehmens in der Verweigerung eines Vertragsabschlusses besteht, kann das BKartA demnach durchaus den Abschluß des Vertrages mittels einer Mißbrauchsverfügung zwangsweise durchsetzen.

b) Außer diesen rechtspolitischen Gesichtspunkten sind es aber auch Praktikabilitätsgründe, die für eine positive Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde sprechen.

Würde man sich auf den Standpunkt stellen, daß das BKartA lediglich mißbräuchliche Verhaltensweisen verbieten kann, könnte die Behörde das marktbeherrschende Unternehmen nur dadurch zu dem Abschluß eines Vertrages bewegen, daß sie den Marktbeherrscher mit einem Bußgeld gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 4 GWB belegt. Wenn das marktbeherrschende Unternehmen dann immer noch nicht gewillt ist, mit dem anderen Marktpartner einen Vertrag abzuschließen, wäre dieser darauf angewiesen, ein ordentliches Gerichtsverfahren einzuleiten und den zwangsweisen Vertragsabschluß mit Hilfe einer

Forts. v. Fußn. 4):

es ihr erlauben, auf öffentlichem Grund und Boden Litfaßsäulen oder Plakatanschlagsäulen aufzustellen. Die Gesellschaft erhält in jenen Städten, in denen Pachtverträge mit den Kommunen geschlossen werden, das ausschließliche Recht zum Aufstellen von Anschlagstellen. Aufgrund dieses Umstandes und aufgrund der Tatsache, daß die Deutsche Städte-Reklame GmbH ihre Preise für den Plakatausschlag um 200 Prozent in München und um rund 150 Prozent in Kiel erhöhen wollen (Olympiapreise), hat das BKartA die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bejaht.

Schadensersatzklage gemäß § 35 iVm § 22 GWB herbeizuführen.

c) Allerdings ist die Möglichkeit des BKartA, den Marktbeherrschern aufgrund des § 22 Abs. 4 GWB bestimmte Verhaltensweisen zu gebieten, auf die Fälle zu beschränken, in denen eine solche Handlungsweise den einzigen Weg bildet, um die beanstandeten Mißbräuche abzustellen. Der Kontrahierungs- bzw. Lizenzzwang muß ultima ratio sein, weil der Wirtschaftsablauf grundsätzlich durch das freie Spiel der Kräfte gesteuert werden sollte und sich ein umfassender Interventionsspielraum der Kartellbehörde nur als Störungsfaktor für dieses freie Spiel der Kräfte erweisen müßte.

Diese Einschränkung des Vertragsdiktats gebietet auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches Verfassungsrang hat¹⁾ und u.a. besagt, daß von mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige zu ergreifen ist, die den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt.²⁾ Da sich der Kontrahierungszwang als der schwerstwiegende Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Wirtschaftsunternehmens darstellt und das BKartA als öffentlich-rechtliche Behörde bei der Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen zu den Privatrechtssubjekten gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an den Verfassungsgrundsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips gebunden ist,

1) Das Bundesverfassungsgericht [BVerfGE 19, 342 (348, 349)] leitet das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus dem Rechtsstaatsprinzip ab; Wittig, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, 817 (821), sieht die verfassungsrechtliche Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Willkürverbot.

2) Wittig, Zum Standort..., a.a.O., S. 825; Spengler, Eingriffe des Staates in die Wettbewerbsfreiheit des Unternehmens, in DB 1966, 1595 (1596, 1598).

darf diese administrative Zwangsverfügung nur in Ausnahmefällen erlassen werden.¹⁾

Im zweiten Ausgangsfall wäre die Verhängung einer Zwangslizenz gegenüber dem Unternehmen C nicht das am wenigsten einschneidende Mittel. Das BKartA müßte vielmehr zunächst dem Marktbeherrscher die Möglichkeit gewähren, den Konsumentenwünschen selbst nachzukommen. Erst wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen dann immer noch nicht bereitfinden sollte, die angemessene Versorgung der Verbraucher mit den patentierten Erzeugnissen sicherzustellen,

1) eine positive Gestaltungsbefugnis des BKartA bejahen: Bartholomeyczik im GK, Nachtrag zur 2. Aufl., § 22 Rdn 3; Raiser, Kontrahierungszwang im Monopolrecht, Kartelle und Monopole im modernen Recht, S. 523 ff (535). A. A. Beise, Der Oligopolmißbrauch des § 22 Abs. 2 iVm Abs. 3 des GWB..., a.a.O., S. 179; Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 434 Fußn. 9; Contzen, Der Kontrahierungszwang, S. 102; Frankfurter Kommentar, § 22 Tz 66; Günther, Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, in WuW 1957, 677 (684); Langen, § 22 Rdn 51; Müller-Gries-Giessler, § 22 Rdn 47; Rasch-Westrick, § 22 Rdn 39; Schulte, Lizenztauschverträge und Patentgemeinschaften..., a.a.O., S. 88. Auch das BKartA vertritt die Meinung, daß § 22 Abs. 4 GWB der Kartellbehörde die Berechtigung verleiht, "Gebote" auszusprechen. Im "Zement-Kontor-Untereibe-Fall" hatte die zuständige Beschlußabteilung des BKartA dem Einspruchsführer aufgegeben, das Preisniveau in dem Gebiet mit den höheren Preisen an das in dem Gebiet mit den niedrigeren Preisen anzugleichen (BKartA WuW/E 656 (661) "rechtelbische Zementpreise II - "). Das KG Berlin entschied, daß § 22 Abs. 4 GWB nicht zu Geboten gebraucht werden könne (OLG WuW/E 807 (810) - "Untereibe" -). Im "Meto-Fall" betonte das BKartA, daß der Meinung des KG, daß das BKartA aufgrund des § 22 Abs. 4 GWB das Verhalten der Beteiligten nicht positiv anordnen kann, nicht zu folgen ist (BKartA WuW/E 1189 (1196) - "Handpreisauszeichnungsgerät" -). Im Fall "Sportartikelmesse" wurde den Betroffenen aufgegeben, die Zulassung von Ausstellern nicht mehr davon abhängig zu machen, daß sie ausschließlich an Fachhändler liefern, und drei namentlich genannte Aussteller zur nächsten Messe zuzulassen (BKartA, Beschluß vom 2. Oktober 1967). Das KG Berlin ließ die Frage offen, ob § 22 Abs. 4 GWB die Behörde ermächtigt, dem marktbeherrschenden Unternehmen ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben (OLG WuW/E 907 (915) - "Sportartikelmesse" -). Der BGH hat zu diesem Problemkreis noch keine Stellung bezogen.

könnte das BKartA gegen das marktbeherrschende Unternehmen eine Zwangslizenz verhängen.

Die Anordnung einer Zwangslizenz stellt sich als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt dar ¹⁾ und muß demzufolge hinreichend bestimmt sein. Das BKartA hat also im einzelnen die Konditionen der Zwangslizenz festzulegen. ²⁾ Fehlt es an dieser Bestimmtheit, so ist der von der Kartellbehörde erlassene Verwaltungsakt mit einem Rechtsfehler behaftet, weil er nicht im Wege des allgemeinen Verwaltungszwanges vollstreckt werden kann. ³⁾

VI. Gerichtliche Erzwingbarkeit von Mißbrauchsverfügungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kennt kein formelles, im Falle der Weigerung oder Unterlassung behördlichen Eingreifens auf gerichtlichem Wege durchsetzbares Recht, Maßnahmen der Kartellbehörde gegen ein bestimmtes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen zu beantragen. ⁴⁾

§ 62 Abs. 3 GWB läßt ein Rechtsmittel gegen das Unterlassen von Maßnahmen der Vollzugsbehörde nur dann zu, wenn der Beschwerdeführer geltend machen kann, daß er ein Recht auf die Vornahme der beantragten Verfügung hat. ⁵⁾ In diesem Beschwerdeverfahren,

1) Bartholomeyczik im GK, Nachtrag zur 2. Aufl. § 22 Rdn 3.

2) vgl. S. 67, 68.

3) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 50 II d 1 (S. 364).

4) vgl. andererseits die Regelung des § 17 Abs. 1 GWB.

5) Durch die Vorschrift des § 62 Abs. 3 GWB erfüllt der GWB-Gesetzgeber das verfassungsrechtliche Postulat des Art. 19 Abs. 4 GG; in dieser Verfassungsnorm wird ein lückenloser Rechtsschutz (Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum GG, Art. 19 Rdn 16 m. w. N.) für alle diejenigen Fälle ausgesprochen, in denen jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, wobei auch das Unterlassen von Maßnahmen als Rechtsverletzung anzusehen ist (Hamann, Komm. zum GG, Art. 19 Rdn 16, S. 333).

das in seinen Grundzügen mit der in der VWGO geregelten Verpflichtungsklage übereinstimmt,¹⁾ kann der Beschwerdeführer gemäß § 70 Abs. 3 GWB erwirken, daß das Beschwerdegericht²⁾ der Kartellbehörde die Verpflichtung auferlegt, die beantragte Verfügung vorzunehmen.

Ein Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde besteht also immer dann, wenn das Verhalten eines Marktteilnehmers gegen ein kartellrechtliches Schutzgesetz verstößt, welches dem Beschwerdeführer Schutz gewähren soll.³⁾

Der Mißbrauchstatbestand weist neben der gesamtwirtschaftlichen Schutzrichtung die individualrechtliche Zielfunktion auf, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer vor den Auswirkungen übermäßiger Marktmacht zu schützen.⁴⁾ Wenn der Beschwerdeführer darlegen kann, daß er durch das Marktverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens in seiner durch § 22 Abs. 3 GWB geschützten wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beeinträchtigt wird, vermag er also das Beschwerdeverfahren nach § 62 Abs. 3 GWB einzuleiten.⁵⁾

Die Möglichkeit der Einlegung einer Untätigkeitsbeschwerde kann dem Beschwerdeführer auch nicht mit dem Hinweis darauf verwehrt werden, daß es gemäß § 22 Abs. 4 GWB im Ermessen der Kartellbehörde steht, ob sie eine Mißbrauchsverfügung erläßt oder nicht.⁶⁾

1) Hertin, Die Beteiligten am Kartellverfahren und ihre Rechtsstellung, S. 215.

2) Das zuständige Gericht ergibt sich aus § 62 Abs. 4 GWB.

3) vgl. Lipps, Rechtsmittel gegen Einstellungsmitteilungen der Kartellbehörden, NJW 1969, 1879 (1880).

4) vgl. S. 79 ; so auch Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen des GWB..., a.a.O., S. 115; Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, a.a.O., S. 56; derselbe, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, S. 86; Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 185; a. A. BGHZ 51, 61 (66,67); Benisch im GK, § 35 Rdn 7; Frankfurter Kommentar, § 35 Tz 37.

5) Müller-Gries-Giessler, § 22 Rdn 50; Rasch-Westrick, § 22 Rdn 44; Frankfurter Komm., § 22 Tz 71; WuW/E BKartA 196 - (197) - "Städtereklame" -; WuW/E BKartA 320 (321) - "Mykawerbung" -; WuW/E BGH 995 (997) - "Taxiflug" -.

6) vgl. OLG Düsseldorf WuW/E 1171 (1172).

Vielmehr besteht in diesem Fall ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessenausübung.¹⁾

Der zweite Ausgangsfall ist aber dadurch gekennzeichnet, daß das marktbeherrschende Unternehmen durch seine Verhaltensweisen die gesamtwirtschaftliche Zielsetzung des Wettbewerbs verfälscht. Infolgedessen liegt ein subjektiv-öffentliches Recht eines Marktteilnehmers auf Vornahme einer Mißbrauchsverfügung, die im Wege eines Beschwerdeverfahrens durchgesetzt werden könnte, nicht vor.

VI. Ergebnis

1. Die Rechtsnorm des § 20 GWB ist nicht *lex specialis* gegenüber dem Mißbrauchstatbestand des § 22 GWB. § 20 GWB zielt darauf ab, der mißbräuchlichen Ausnutzung einer Rechtsstellung entgegenzuwirken, während § 22 Abs. 3 GWB die mißbräuchliche Ausnutzung einer wirtschaftlichen Monopolstellung unterbinden will.

2. Das Ausschließlichkeitsrecht "Patent" vermag nur in seltenen Ausnahmefällen eine marktbeherrschende Stellung des Patentinhabers herbeizuführen.

3. Eine "mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung" liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gegen die von § 22 GWB verfolgten gesamtwirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Zielfunktionen verstößt. Praktikable und auch justiziable Kriterien zur Beantwortung der Frage, mit welcher Intensität die dem Mißbrauchstatbestand aufgegebenen Zielvorstellungen verfälscht werden müssen, vermag man aus den von den einschlägigen GWB-Rechtsnormen vorgezeichneten Interessenbewertungen zu entnehmen.

1) vgl. den Wortlaut von § 70 Abs. 4 GWB; Hamann, Kommentar zum GG, Art. 19 Rdn 15; Hertin, Die Beteiligten am Kartellverfahren und ihre Rechtsstellung, S. 217.

4. Die Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens, dem Inhaber eines abhängigen Patents eine Lizenz an seinem Grundpatent zu erteilen, verstößt nicht gegen die Wettbewerbsfunktion "Durchsetzung des technischen Fortschritts." Die Nichtvergabe einer Lizenz stellt sich allenfalls dann als marktmißbräuchliches Verhalten dar, wenn dadurch die angemessene Versorgung der Verbraucher in offensichtlicher und augenfälliger Weise beeinträchtigt wird. Eine solche Störung der Verbraucherversorgung liegt in der Regel bei einer Warenverknappung vor. Für die Frage, ob die Nichtausübung des patentrechtlichen Verwertungsrechts als mißbräuchliches Marktverhalten anzusehen ist, gelten dieselben Grundsätze.

5. Das BKartA kann aufgrund des § 22 Abs. 4 GWB dem marktbeherrschenden Unternehmen ein bestimmtes Verhalten gebieten. Allerdings darf der Kartellbehörde nur dann eine positive Eingriffsbefugnis zugesprochen werden, wenn die mißbräuchliche Handlungsweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf andere Weise nicht abzustellen ist. Administrative Zwangsmaßnahmen, die ein bestimmtes Marktverhalten vorschreiben, sind als "ultima ratio" anzusehen.

6. Gemäß § 62 Abs. 3 iVm § 70 Abs. 3 GWB hat ein Marktteilnehmer dann ein subjektiv-öffentliches Recht auf Vornahme einer Mißbrauchsverfügung, wenn er durch das Marktverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens in seiner durch § 22 Abs. 3 GWB geschützten wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beeinträchtigt wird.

D) Zwangslizenz als Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 iVm § 35 GWB

I. Berührungspunkte zwischen dem Tatbestand des § 25 GWB und der Schutzrechtsverwertung

Der Tatbestand des § 25 Abs. 1 GWB kann auf zweifache Weise die Verwertung eines technischen Schutzrechts erfassen.

Zum einen ist es möglich, daß die Nachteilszufügung bzw. Vorteilsgewährung mit dem Ziel vorgenommen wird, ein anderes Unternehmen zu einem tatsächlichen Verhalten zu veranlassen, wel-

ches nach § 20 GWB nicht zum Inhalt eines Lizenzvertrages gemacht werden darf. In einem solchen Fall ist ein Rückgriff auf § 20 GWB notwendig, um die Handlungsweise des Druckmittelausübenden als tatbestandsmäßig im Sinne des § 25 Abs. 1 GWB ansehen zu können.

Zum anderen vermag ein technisches Schutzrecht als Druckmittel zur Erreichung eines tatsächlichen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens eingesetzt zu werden. So kann zum Beispiel ein Lizenzgeber mit einer Patentverletzungsklage drohen, um den Lizenznehmer zur Ausübung von Verhaltensweisen zu bewegen, die, wären sie vertraglich vereinbart, vom Verbotsbereich des § 1 GWB erfaßt würden. In diesem Fall gebietet der Einsatz eines Schutzrechts zur Erzwingung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen keine besondere rechtliche Beurteilung. Denn es macht keinen Unterschied, ob ein technisches Schutzrecht oder ein sonstiges Recht als Druckmittel benutzt wird.

II. Ausgangsfall

Das Unternehmen A, das mit zwei anderen Unternehmen eine einfache Lizenz austauschgemeinschaft bildet, hat dem Drittunternehmen B eine Lizenz an einem Patent eingeräumt. Die Vertragsdauer des Lizenzvertrages beträgt sechs Jahre.

Die drei obengenannten Unternehmen vereinbaren nunmehr, daß an den ausgetauschten und auszutauschenden Patenten keine Lizenzen an Dritte vergeben werden dürfen. Mit dieser Maßnahme einer Ausschließlichkeitsabrede wollen sie die Marktentfaltung von Mitwettbewerbern beeinträchtigen.

Nachdem der Lizenzvertrag zwischen A und B ausgelaufen ist, beantragt das Unternehmen B eine Verlängerung des Vertrages.

Das Unternehmen A, welches zuvor das Einverständnis der beiden anderen Mitglieder der jetzt ausschließlichen Lizenz austauschgemeinschaft eingeholt hat, ist mit einer Verlängerung des Lizenzvertrages nur dann einverstanden, wenn B "faktisches Mitglied" der Lizenz austauschgemeinschaft wird und die "tatsächliche Verpflichtung" eingeht, an allen seinen bestehenden und künftigen Patenten mit den Mitgliedern der Lizenz austauschgemeinschaft Lizenzen auszutauschen und keine Lizenzverträge mit Drittunternehmen abzuschließen.

B lehnt dieses Angebot ab, woraufhin A den Lizenzvertrag nicht mehr erneuert.

III. Fällt das Marktverhalten des Unternehmens A unter den Tatbestand des § 25 Abs. 1 GWB?

Gemäß § 25 Abs. 1 GWB dürfen Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen,¹⁾ um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.²⁾ Aus dieser Tatbestandsstruktur ergibt sich, daß § 25 Abs. 1 GWB in folgende objektive und subjektive Tatbestandselemente unterteilt werden kann:

- a) Einsatz von Druckmitteln,
- b) zu einem bestimmten Zweck,
- c) wobei der erstrebte Zweck vom Wissen und Wollen des Druckausübenden umfaßt sein muß.

1. Als Willensbeugemittel benutzt das Unternehmen A gegenüber dem Unternehmen B seine Befugnis, den abgelaufenen Lizenzvertrag nicht mehr zu erneuern. Dieses Druckmittel stellt sich dann als Nachteil im Sinne des § 25 Abs. 1 GWB dar, wenn die Nichtverlängerung des Lizenzvertrages als ein Übel zu qualifizieren ist, welches objektiv geeignet ist, das Unternehmen B zu dem gewünschten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu bestimmen.³⁾

Lehnt das Unternehmen A als Lizenzgeber eine Verlängerung des Lizenzvertrages ab, so darf das Unternehmen B das technische Wissen von A nicht mehr zur Herstellung der betreffenden Produkte verwenden. Da eine solche Produktionsbeschränkung in der Regel zu einem Gewinnverlust führt, wird ein Unternehmen unter Zugrundelegung einer objektiven Betrachtungsweise die gewünschten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen praktizieren, um nicht auf die Vorteile, die ihm durch die Verlängerung eines Lizenzvertrages erwachsen, verzichten zu müssen.⁴⁾

1) 2) Die Tatbestandsalternativen "keine Vorteile versprechen oder gewähren" und "aufgrund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung" bleiben in der nachfolgenden Untersuchung unberücksichtigt.

3) Benisch im GK, § 25 Rdn 6; OLG Hamburg WuW/E OLG 352 (353).

4) In Literatur und Rechtsprechung wird hervorgehoben, daß Liefer- oder Bezugssperren zu den stärksten Zwangsmitteln im Sinne des § 25 Abs. 1 GWB gehören (vgl. Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 382; Frankfurter Kommentar, § 25 Tz 17).

2. Diese Druckmittelanwendung mißbilligt § 25 Abs. 1 GWB, wenn sie vorgenommen wird, um den Druckmitteldressaten zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Was nach dem GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf, ergibt sich aus den Vorschriften des GWB über Ordnungswidrigkeiten.¹⁾

Gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB begeht derjenige eine Ordnungswidrigkeit, der sich über einen nach § 1 GWB unwirksamen Vertrag hinwegsetzt. Würde das von dem Unternehmen B geforderte tatsächliche Marktverhalten, keine Lizenzen an Dritte zu vergeben, eine vertragliche Regelung erfahren, läge ein nach § 1 GWB unwirksamer Kartellvertrag vor,²⁾ über den sich B aufgrund seiner "vertraglichen Verpflichtung" hinwegzusetzen hätte.

3. Der subjektive Tatbestand des § 25 Abs. 1 GWB verlangt, daß der Druckmittelausübende entweder absichtlich³⁾ oder mit dolus directus⁴⁾ den Nachteilsadressaten zu dem nach den GWB-Vorschriften unzulässigen, bindungsähnlichen Verhalten bewegen will.

Die Vorsatzart des dolus directus, die an das voluntative Element des Druckmittelausübenden geringere Anforderungen als die Absicht im rechtstechnischen Sinn stellt, liegt vor, wenn es dem Täter darauf ankommt, das erstrebte Ziel zu erreichen.⁵⁾ Nicht erforderlich ist, daß die erwünschte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise durch den Nachteilsadressaten tatsächlich ausgeübt wird. Infolgedessen werden auch erfolglose Versuchshandlungen von § 25 Abs. 1 GWB erfaßt.⁶⁾ Allerdings verlangt das Tatbestands-

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 25 Rdn 4; Benisch im GK, § 25 Rdn 4.

2) vgl. S. 53, 54.

3) Absicht im Sinne eines unmittelbar auf Erfolgseintritt gerichteten Willens verlangen: Frankfurter Kommentar, § 25 Tz 27; LG Düsseldorf WRP 1968, 340.

4) so Sandrock, Der Ausschuß von der Belieferung nach § 25 Abs 1 GWB, in JurA 1970, 48 (63); BGH WuW/E 704 (709) - "Saba" -.

5) BGH WuW/E 704 (709) - "Saba" -.

6) Ehle, Zivilrechtsschutz bei verbotswidrigen Empfehlungen, in DR 1968, 611 (613); Sandrock, Der Ausschuß von der Belieferung a.a.O., S. 50, spricht richtigerweise von einem "Unternehmens-tatbestand".

merkmal "veranlassen", daß die verbotene Absicht dem Adressaten zumindest nach der Vorstellung des Veranlassers erkennbar wird.¹⁾ Im Ausgangsfall erstrebte das Unternehmen A in erster Linie, daß das Unternehmen B die wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise vollzieht; außerdem ist B von der verbotenen Absicht des Unternehmens A in Kenntnis gesetzt worden.

Die Handlungsweise des Unternehmens A erfüllt somit die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 25 Abs. 1 GWB.

IV. Zwangslizenz als Folge eines Schadensersatzanspruches aus § 25 Abs. 1 iVm § 35 GWB

Das Unternehmen B kann gegen A aufgrund der §§ 25 Abs. 1, 35 GWB dann einen Schadensersatzanspruch, der auf die Erteilung einer Zwangslizenz gerichtet ist, geltend machen, wenn die Voraussetzungen des bei der Prüfung des Schadensersatzes wegen Verletzung des Kartellverbots erstellten Kriterienkatalogs vorliegen.²⁾

1. Danach müßte § 25 Abs. 1 GWB zunächst einmal als Schutzgesetz im Sinne des § 35 GWB qualifiziert werden können. Eine GWB-Rechtsnorm weist dann Schutzgesetzcharakter auf, wenn sie (a) ein bestimmtes Verhalten gebietet oder verbietet und (b) die Individualinteressen eines bestimmbaren Personenkreises schützt.³⁾

a) Aus dem Wortlaut des § 25 Abs. 1 GWB ist zu entnehmen, daß diese Vorschrift dem Unternehmen ein bestimmtes Verhalten - Einsatz von Druckmitteln zur Verwirklichung eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks - verbietet. Die Rechtsnorm des § 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB unterstreicht ebenfalls die Verbotsnormqualität des § 25 Abs. 1 GWB, in dem sie diese Vorschrift ausdrücklich als Verbotsbestimmung bezeichnet.

1) Benisch, Individuelle Liefer- und Bezugsverweigerung aus Gründen der Marktpflege, in WRP 1966, 235 (237); Sauter, Androhung und Verhängung einer Liefersperre durch preisempfehlende Unternehmen, in NJW 1969, 638 (639).

2) vgl. S. 56.

3) vgl. S. 57.

b) Die Individualinteressen eines bestimmbar Personenkreises könnten in zweifacher Hinsicht geschützt sein: Zum einen könnte § 25 Abs. 1 GWB die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des Druckmitteladressaten vor solchen Beeinträchtigungen schützen, die daraus resultieren, daß das beeinflusste Unternehmen dem vom Druckmittelveranlasser erzwungenen wettbewerbsbeschränkenden Marktverhalten nachkommt und sich z. B. seiner Freiheit, mit Drittunternehmen Lizenzverträge abzuschließen, entäußert. Zum anderen könnte § 25 Abs. 1 GWB darauf abzielen, die Dispositionsfreiheit des Nachteilsadressaten vor den Beschränkungen zu bewahren, die sich daraus ergeben, daß er sich den Forderungen des Veranlassers widersetzt und dadurch zum Beispiel in Kauf nehmen muß, daß der Druckmittelausübende den abgelaufenen Lizenzvertrag nicht mehr erneuert, wodurch ihm die Möglichkeit genommen wird, die patentierten Produkte herzustellen und zu vertreiben.

aa) Bei der Beantwortung der Frage, ob § 25 Abs. 1 GWB den Schutz der erstgenannten Individualinteressen anstrebt, geht SCHMIEDEL¹⁾ davon aus, daß diese Rechtsnorm als Umgehungstatbestand ausgestaltet ist²⁾, und daß der Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs. 1 GWB deshalb davon abhängt, ob die umgehungsfähigen GWB-Vorschriften (z. B. §§ 1, 15 GWB) die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Beteiligten schützen.

Infolge dieser Überlegungen kommt SCHMIEDEL zu dem Ergebnis, daß § 25 Abs. 1 GWB nicht als Schutzvorschrift anzusehen ist, da weder § 1 noch § 15 GWB die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der an den unwirksamen "horizontalen" bzw. "vertikalen" Verträgen

1) Kontrahierungszwang aus § 25 Abs. 1 GWB?, in WRP 1966, 41 (44).

2) so auch Klaue, Zur Auslegung des § 25 Abs. 1 GWB, in ZHR 129, 159 (163, 164); Lanzenberger, Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten, in GRUR 1958, 593 (599); Müller-Gries-Giessler, § 25 Rdn 3; Sandrock, Der Ausschluß von der Belieferung..., a.a.O., S. 49; Stellungnahme des Ausschusses des Bundestages für Wirtschaftspolitik (Abgeordneter Elbrächter), abgedruckt im GK, 1. Auflage, S. 1192.

Beteiligten vor Beeinträchtigungen schützen will. SCHMIEDEL begründet seine Auffassung damit, daß die §§ 1, 15 GWB nicht die Wettbewerbsfreiheit derjenigen Unternehmen zu schützen vermögen, die durch eine vertragliche Vereinbarung freiwillig auf die Ausübung ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit verzichtet haben.

Dieser Argumentation SCHMIEDELS ist nur dann zuzustimmen, wenn die betreffenden Unternehmen aufgrund freier Willensentscheidung einen nach § 1 GWB unwirksamen Kartellvertrag oder einen nach § 15 GWB der Rechtswirksamkeit entbehrenden Austauschvertrag abschließen. SCHMIEDELS Auffassung ist jedoch abzulehnen, wenn die Unternehmen durch Androhung von Nachteilen zu den wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen gezwungen werden.¹⁾ In diesem Fall muß es die Aufgabe des § 25 Abs. 1 GWB sein, die Betroffenen vor der Verletzung ihrer Wettbewerbsfreiheit zu bewahren.²⁾

bb) Auch dann, wenn sich der Druckmitteladressat den Forderungen des Druckmittelausübenden nicht beugt und eine Liefer- bzw. Lizenzvertragssperre auf sich nimmt, schützt § 25 Abs. 1 GWB das gesperrte Unternehmen vor den daraus resultierenden Beeinträchtigungen seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Soweit ersichtlich, lehnt wiederum nur SCHMIEDEL³⁾ diese Individualschutzrichtung des § 25 Abs. 1 GWB ab. Nach seiner Auffassung müsse es in einer marktwirtschaftlichen Ordnung jedem Unternehmen anheimgestellt sein, ob und mit wem es Verträge abschließt. Umgekehrt hätte kein Unternehmen das Recht bzw. den Anspruch, das bestehende Vertragsbeziehungen aufrechterhalten werden. Aber auch in diesem Punkt ist SCHMIEDEL entgegenzuhalten, daß diese, der Wettbewerbswirtschaft immanenten Grundsätze, dann nicht mehr gelten können, wenn ein Unternehmen den Liefer- bzw. Lizenzvertragsab-

1) vgl. Markert, Zum Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs. 1 GWB, in WRP 1966, 330 (331).

2) Es entspricht dieser Auffassung, wenn der Gesetzgeber gemäß § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB alle Beteiligten eines Kartellvertrags oder eines nach § 15 GWB unwirksamen Austauschvertrages mit den Sanktionen des Ordnungswidrigkeitenrechts belegt, während er das Verhalten des Druckmitteladressaten gemäß § 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB nicht als strafwürdiges Übel auffaßt.

3) Kontrahierungszwang..., a.a.O., S. 44.

bruch dazu einsetzt, um ein anderes Unternehmen zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu bewegen. In diesem Fall ist zu berücksichtigen, daß die an sich erlaubten Mittel der Liefer- bzw. Lizenzvertragssperre zur Verwirklichung gesetzlich verbotener und damit rechtswidriger Zwecke benutzt werden.¹⁾

Dieser Umstand hat zur Folge, daß die eingesetzten Mittel vom Unrechtsgehalt der erstrebten Ziele mit umfaßt werden und sich die Liefer- bzw. Lizenzvertragsverweigerung demnach als rechtswidriger Zustand darstellt.²⁾ Die Schutzrichtung des § 25 Abs. 1 GWB ist demzufolge auch darauf angelegt, die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Druckmitteladressaten vor den Beeinträchtigungen zu bewahren, die ihre Ursache in dem Vollzug der vom sperrenden Unternehmen angedrohten Druckmittel haben.³⁾

2. Wie im Fall der ausschließlichen Lizenzaustauschgemeinschaft soll auch hier ein Verschulden des Unternehmens A in Bezug auf die Verletzung des § 25 Abs. 1 GWB angenommen werden.⁴⁾ Es sei hier aber darauf hingewiesen, daß bei der Entscheidung der Frage, ob der Täter mit *dolus directus* die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen angestrebt hat, Beweisschwierigkeiten auftreten dürften.

1) Benisch im GK, § 25 Rdn 5.

2) Frankfurter Kommentar, § 25 Tz 25.

3) Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung sieht § 25 Abs. 1 GWB als Schutzgesetz an, ohne jedoch die vom Verfasser durchgeführte Differenzierung vorzunehmen: Benisch im GK, § 35 Rdn 3; Frankfurter Kommentar, § 35 Tz 39; Klaue, Zur Auslegung des § 25 Abs. 1 GWB, in ZHR 129, 159 (161); Langen, § 25 Anm. 12; Müller-Gries-Giessler, § 25 Rdn 6; Sandrock, Der Ausschluß von der Belieferung..., a.a.O., S. 65; Sauter, Androhung und Verhängung einer Liefersperre..., a.a.O., in NJW 1969, 638; Schramm/Klaka, Das Deliktsrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WRP 1958, 75 (77); BGH WuW/E 690 (694) - "Brotkrieg II"; LG Düsseldorf WRP 1968, 340.

4) vgl. S. 59.

3. Das Unternehmen B erleidet durch die schuldhaftige Verletzung des § 25 Abs. 1 GWB dann einen Schaden, wenn die Lizenzsperrre rechtlich geschützte Interessen (Nichtvermögensschaden) oder Vermögenswerte (materieller Schaden) beeinträchtigt.¹⁾

Aufgrund der Lizenzsperrre ist dem Unternehmen B die Möglichkeit genommen, mit dem Sperrunternehmen A einen Lizenzvertrag abzuschließen. Diese Sperrmaßnahme tangiert die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des B.²⁾

Zwar ist in einer Wettbewerbswirtschaft keinem Unternehmen das Recht eingeräumt, von einem anderen Unternehmen den Neuabschluß von abgelaufenen Verträgen zu verlangen,³⁾ doch modifiziert § 25 Abs. 1 GWB, wie bereits erörtert, diesen Grundsatz dann, wenn die Liefer- bzw. Lizenzsperrre vorgenommen wird, um verbotene Ziele zu verwirklichen. In diesem Fall erstarkt die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des gesperrten Unternehmens in Bezug auf den Abschluß der verweigerten Liefer- bzw. Lizenzverträge zu einer rechtlich geschützten Position.

Ein Eingriff in diese Rechtsposition stellt sich demnach als immaterieller Schaden dar.⁴⁾

4. Da § 25 Abs. 1 GWB vor den Verletzungen der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des Druckmitteladressaten schützt, die sich daraus ergeben, daß das sperrende Unternehmen ein Druckmittel verhängt, um nach dem GWB verbotene Verhaltensweisen zu erzwingen, läßt sich dieser Schaden als normadäquater Schaden qualifizieren.

1) vgl. S. 62.

2) Es soll nur auf diesen immateriellen Schaden eingegangen werden. Selbstverständlich vermag die Verhängung einer Liefer- bzw. Lizenzsperrre auch Vermögensschäden auszulösen. Diese Schäden können z. B. darin bestehen, daß das gesperrte Unternehmen die von der Sperrre betroffenen Waren nicht mehr verkaufen kann und damit Gewinneinbußen einstecken muß.

3) vgl. BGH WuW/E 1246 (1247) - "Feuerwehrschanzungen" -.

4) vgl. dazu auch Sandrock, Der Ausschluß von der Belieferung..., a.a.O., S. 16. Nach Sandrock hat das gesperrte Unternehmen insoweit einen (unmittelbaren) Schaden erlitten, als es infolge der Sperrre nicht mehr tun und lassen kann, was es will. Der Sperrrer hat es rechtswidrig nicht beliefert und es dadurch außer Stand versetzt, von seiner "Entschließungsfreiheit" seinen eigenen Abnehmern gegenüber Gebrauch zu machen.

5. Infolge des Umstandes, daß sich die wettbewerbliche Entschliessungsfreiheit des Unternehmens B als ideelles Gut darstellt, kann der Schadensersatz gemäß § 253 BGB nur auf Naturalrestitution, nicht aber auf Geldersatz gerichtet sein. Im Wege der Naturalrestitution vermag die Entschliessungsfreiheit dadurch wiederhergestellt zu werden, daß dem gesperrten Unternehmen B die Möglichkeit eingeräumt wird, mit dem sperrenden Unternehmen A einen Lizenzvertrag abzuschließen. Das zuständige Gericht muß demnach dem Sperrunternehmen die Verpflichtung auferlegen, zu dem vom Gericht bestimmten Bedingungen mit dem gesperrten Unternehmen einen Lizenzvertrag zu vereinbaren.¹⁾

1) Einen Kontrahierungs- bzw. Lizenzzwang aus § 25 Abs. 1 GWB bejahen ebenfalls: Benisch im GK, § 25 Rdn 13; Gutzler, Gelöste und ungelöste Fragen der Lieferverweigerung, in BB 1966, 390 (393); Klaue, Androhung einer Liefersperrung bei Nichtbeachtung empfohlener Richtpreise, in DB 1960, 810 (811); Langen, § 25 Rdn 12; Markert, Zum Schutzgesetzcharakter..., a.a.O., WRP 1966, 330 (332); Müller/Gries, Kontrahierungszwang nach § 25 Abs. 1 GWB, in WRP 1960, 179; Niederleithinger, Das Umgehungsverbot des § 25 Abs. 1 GWB bei vertikalen Preisempfehlungen, in NJW 1964, 1936 (1938); Sandrock, Der Ausschluß von der Belieferung..., a.a.O., S. 66; BGH WuW/E 690 (694) - "Brotkrieg II". Einen Kontrahierungs- bzw. Lizenzzwang verneinen: Klaue, Zur Auslegung des § 25 Abs. 1 GWB, in ZHR 129, 159; Belke, Die Geschäftsverweigerung..., a.a.O., S. 423 ff. Klaue und Belke vertreten die Meinung, daß im Falle der Liefer- bzw. Lizenzverweigerung die Aufhebung dieser Sperre und damit die Weiterlieferung bzw. -lizenzierung im Wege der Naturalrestitution nur dann verlangt werden könne, wenn der Schaden bereits mit dem Eintritt der Liefer- bzw. Lizenzsperre eingetreten sei. Nach ihrer Meinung ist diese Sperre jedoch nur die schadensstiftende Handlung bzw. die Schadensquelle. Möglicher Schaden kann dem durch die Schutznorm begünstigten Unternehmen allein daraus erwachsen, daß der unterlassene Vertragsabschluß einen Vermögenszuwachs vereitelt. Diese Schäden sind jedoch mittelbare Schäden, so daß die Wiederherstellung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, von vornherein in der Zahlung eines Geldausgleichs besteht. Belke und Klaue ist zuzugeben, daß die Lizenz- bzw. die Liefersperrung für sich allein als schadensstiftendes Ereignis angesehen werden muß. Sie verkennen jedoch, daß der unterlassene Vertragsabschluß sich unmittelbar in eine Beeinträchtigung der Rechtsgütersphäre des gesperrten Unternehmens umsetzt und zwar insofern, als die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des Sperradressaten beeinträchtigt wird. Vor dieser Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit schützt § 25 Abs. 1 GWB immer dann, wenn sie sich als Folge eines zu wettbewerbsbeschränkenden Zwecken eingesetzten Druckmittels erweist. Der Eingriff in dieses immaterielle Rechtsgut stellt sich als unmittelbarer Schaden dar, der im Wege der Naturalrestitution durch Auferlegung eines Kontrahierungs- bzw. Lizenzzwanges auszugleichen ist.

Ein solcher Eingriff in die Vertragsfreiheit des sperrenden Unternehmens A rechtfertigt sich aber nur so lange, als dieses Unternehmen durch die nach allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbs an und für sich zulässige Maßnahme der Lizenzsperre auf die wettbewerbliche Entschließungsfreiheit des gesperrten Unternehmens einzuwirken gedenkt.

Auch der BGH¹⁾ verschließt sich dieser Ansicht nicht. In der "Saba-Entscheidung" betont er, daß der Abbruch der Geschäftsbeziehungen dann keinen Anspruch auf Weiterbelieferung auslösen könne, wenn der Druckmittelveranlasser die Geschäftsbeziehung aus Gründen legitimer Marktpflege abbreche.

Die Verhängung einer Zwangslizenz kann als Schadensersatzforderung demnach nur für diejenige Zeit in Frage kommen, in welcher das sperrende Unternehmen das Ziel verfolgt, das Unternehmen B zu einem nach dem GWB verbotenen Verhalten zu veranlassen. Sie kommt dann nicht mehr in Betracht, wenn das Unternehmen A die Verfolgung der verbotswidrigen Ziele aufgibt²⁾ und z. B. die Lizenzsperre deshalb verhängt, weil das Unternehmen B in der Vergangenheit seiner Verpflichtung zum Austausch von Erfahrungen auf dem Gebiet der Erfindung nicht nachgekommen und damit selbst vertragsuntreu geworden ist.

V. Ergebnis

Gemäß § 25 Abs. 1 iVm § 35 GWB kann ein Unternehmen, das gegen ein anderes Unternehmen eine Lizenzvertragssperre verhängt, um das gesperrte Unternehmen zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu veranlassen, zur Vergabe einer "Zwangslizenz" verurteilt werden. Allerdings ist die Verhängung einer Zwangslizenz dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn sie aus Gründen legitimer Marktpflege erfolgt.

1) BGH WuW/E (711) - "Saba" -.

2) OLG Düsseldorf WuW/E 974 (976) - "Bierverlag" -.

E) Zwangslizenz nach § 26 Abs. 1 iVm § 35 GWB

I. Berührungspunkte zwischen dem Tatbestand des § 26 Abs. 1 GWB und der Schutzrechtsverwertung

Das sperrende Unternehmen kann gegen den Boykottierten eine Lizenzsperre verhängen. Diese Maßnahme ist nicht anders zu beurteilen, als wenn der Ausführer der Sperre den Sperradressaten von der Belieferung mit Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen ausschließt.

II. Ausgangsfall

Das marktbeherrschende Unternehmen A hat von dem Unternehmen B eine nichtausschließliche Lizenz an dem Verfahrenspatent P erhalten. Zwischen beiden Unternehmen bestehen seit langer Zeit ausgeprägte Geschäftsbeziehungen.

Durch eine Indiskretion der Geschäftsleitung des Unternehmens B erfährt das Unternehmen A, daß das Unternehmen B mit dem Außen-seiterunternehmen C über den Abschluß eines Lizenzvertrages an dem Verfahrenspatent P verhandelt. C ist ein Konkurrenzunternehmen von A.

Das Unternehmen A wirkt deshalb auf B dahingehend ein, daß es an das Unternehmen C keine Lizenz vergeben solle.

Um die Geschäftsbeziehungen mit A nicht zu gefährden, entspricht dem Verlangen von A und beendet die Lizenzvertragsverhandlungen mit C. Aufgrund dieser Maßnahme kann C einen geplanten Produktionszweig nicht aufnehmen.

III. Der Tatbestand des § 26 Abs. 1 GWB

Nach § 26 Abs. 1 GWB dürfen Unternehmen nicht ein anderes Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefer- oder Bezugssperren veranlassen.

Der Boykotttatbestand setzt demnach immer drei Beteiligte voraus: den Veranlasser der Sperre (im Ausgangsfall das Unternehmen A), den Ausführer oder Adressat der Sperre (Unternehmen B) und den Gesperrten (Unternehmen C).¹⁾

1) vgl. Helm, Das Kartellrecht in der Wirtschaftspraxis, S. 78; Karte, Zum Boykottverbot des § 26 Abs. 1 GWB, in WuW 1961, 170 (171); OLG Frankfurt WuW/E OLG 1180 (1181) - "Registrierkassen".

1. Das gesperrte Unternehmen ist dann einer Liefer- oder Bezugssperre ausgesetzt, wenn es vom Ausführer der Sperre vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird.¹⁾ Zum Geschäftsverkehr kann jede Tätigkeit gerechnet werden, die der Förderung der Unternehmenszielsetzungen dient.²⁾ Nicht erforderlich ist, daß es sich um einen üblichen Geschäftsverkehr handelt,³⁾ oder daß durch die Sperre der Geschäftsbetrieb des Boykottierten gestört wird.⁴⁾

Mit dem Abschluß des Lizenzvertrages verfolgt das Unternehmen B das Ziel, sein technisches Wissen auf dem Lizenzmarkt zu verwerthen bzw. zu kommerzialisieren, während das Unternehmen C mit Hilfe der fremden technologischen Erfindungsleistung sein Produktionsprogramm erweitern möchte. Beide Handlungsweisen dienen der Verwirklichung unternehmenspolitischer Zielsetzungen und sind somit dem Geschäftsverkehr zuzurechnen.

Dadurch, daß das Unternehmen A als Sperrveranlasser auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Sperrausführers B dahingehend einwirkt, keinen Lizenzvertrag an dem Verfahrenspatent P mit dem Unternehmen C abzuschließen, hat es diesen Ausschluß vom Geschäftsverkehr veranlaßt.⁵⁾

2. Aus dem Wortlaut des § 26 Abs. 1 GWB "bestimmter Wettbewerber" geht hervor, daß zwischen dem Veranlasser und dem Gesperrten ein Wettbewerbsverhältnis vorliegen muß.⁶⁾ Gemäß den Angaben des Aus-

1) Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 10.

2) Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 24.

3) so Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 11; a. A. Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 24; Benisch im GK, § 26 Rdn 9; Baumbach-Hefermehl, § 26 Rdn 14.

4) Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 11.

5) Zum Tatbestandsmerkmal "veranlassen" vgl. Bernhard, Liefersperre nach dem Kartellrecht, in WuW 1969, 443; Hiersemann, Marktinformation und Boykott - Eine Studie für den mittelständischen Handel und seine Zusammenschlüsse, in WRP 1966, 294 (298); Spengler, Boykottprobleme, in WuW 1953, 195 (204).

6) Benisch im GK, § 26 Rdn 6; Frankfurter Kommentar, § 26 Rdn 13; Karte, Zum Boykottverbot..., a.a.O., WuW 1961, 170 (173); Sandrock, Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtlicher Sicht, in JuS 1971, 57 (59).

gangsfalles besteht zwischen beiden Unternehmen ein Konkurrenzverhältnis.

3. Der subjektive Tatbestand des § 26 Abs. 1 GWB verlangt, daß der Verrufer bzw. Veranlasser der Sperre in der Absicht handeln muß, den Gesperrten unbillig zu beeinträchtigen. Der Boykott ist demzufolge nicht per se unzulässig. Der Beeinträchtigung¹⁾ des gesperrten Unternehmens muß vielmehr der Makel der Unbilligkeit anhaften.

Das Kriterium der Unbilligkeit erfordert eine Abwägung zwischen den Interessen des Verrufers und denen des gesperrten Unternehmens, insbesondere im Hinblick darauf, ob dem verrufenen Unternehmen unangemessene und unzumutbare Nachteile zugefügt werden.²⁾

Bei dieser Interessenabwägung ist zu beachten, daß das Unternehmen C nicht die Möglichkeit besitzt, von einem anderen Unternehmen die betreffende Lizenz zu erhalten. Es bestehen insoweit keine Ausweichmöglichkeiten. Außerdem muß darauf hingewiesen werden, daß das Handeln des Unternehmens A eindeutig darauf abzielt, die Wettbewerbsposition von C zu untergraben. Gerade der Behinderungswettbewerb wird in der Literatur und Rechtsprechung als Beispielsfall für eine unbillige Wettbewerbshandlung angeführt.³⁾ Aus diesen Erörterungen ist ersichtlich, daß sich der Verrufer A nicht auf legitime Eigeninteressen zu berufen vermag. Seine Handlungsweise läßt sich als unbillig im Sinne des § 26 Abs. 1 GWB qualifizieren.

Absichtliches Handeln des Verrufers liegt dann vor, wenn er die unbillige Beeinträchtigung unmittelbar gewollt hat, wobei allerdings nicht erforderlich ist, daß sich diese Nachteilszufügung als Endzweck darstellt. Es genügt, wenn sie sich lediglich als

1) Das Merkmal der Beeinträchtigung ist mit dem Begriff des Nachteils im Sinne des § 25 Abs. 1 GWB identisch (vgl. Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 18). Infolgedessen kann auf die Ausführungen auf S. 103 hingewiesen werden.

2) vgl. Aderhold, Boykottmaßnahmen gegen Versand- und Selbstbedienungshandel..., in DB 1965, 619; Benisch im GK, § 26 Rdn 19; Reuß, Der sogenannte "Käuferstreik", in AcP 156, 90 (93).

3) Baumbach-Mefermehl, Wettbewerbsrecht, Einleitung zum UWG, Rdn 70 ff; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16; RGZ 134, 352 (353).

Durchgangsstadium zu weiteren Zielen des Verrufers ansehen läßt.¹⁾

Im Ausgangsfall war der Wille des Unternehmens A unmittelbar darauf gerichtet, das Unternehmen C in seiner Marktentfaltung zu beeinträchtigen. Der Verrufer A erfüllt damit die Voraussetzungen, die § 26 Abs. 1 GWB an das Willenselement knüpft.

IV. Zwangslizenz als Rechtsfolge des § 26 Abs. 1 iVm § 35 GWB

Einen Schadensersatzanspruch aus den §§ 26 Abs. 1, 35 GWB, der auf Herstellung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit und damit auf Erteilung einer Zwangslizenz gerichtet ist, kann das gesperrte Unternehmen C nur dann gegen B als Sperrausführer geltend machen, wenn das Verhalten des B vom Verbotsbereich des Boykotttatbestandes erfaßt wird.²⁾

Zu diesem Problemkreis gibt es in der Literatur und Rechtsprechung verschiedene Meinungen.

1. SPENGLER³⁾ vertritt die Auffassung, daß die Befolgung des Boykottaufrufs durch den Adressaten der Verrufserklärung eine zivilrechtliche Mittäterschaft bei der Verwirklichung des Tatbestandes des § 26 Abs. 1 GWB sei. Aus diesem Grund hält er es für angebracht, daß der Veranlasser der Sperre und der Veranlaßte gemäß §§ 830, 840 BGB nebeneinander zum Schadensersatz verpflichtet werden.⁴⁾

2. Der BGH⁵⁾ geht davon aus, daß der Adressat als notwendiger Teil-

1) vgl. zu dieser Definition Mezger-Blei, Strafrecht AT, § 63 II (S. 187); im Ergebnis ebenso: Benisch im GK, § 26 Rdn 27; Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 46.

2) Dieser Anspruch kann nur gegen B gerichtet werden, da nur dieses Unternehmen das Recht zur Vergabe von Lizenzen hat.

3) Wettbewerbsbeschränkung durch Boykott (Teil I), in DB 1957, 1169 (1170).

4) so auch Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 26 Rdn 21; Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 23; Benisch im GK, § 26 Rdn 28; es ist nicht einzusehen, weshalb der BGH (WuW/E 690 (695)) auf dem Standpunkt steht, daß Benisch nur eine Unterlassungsklage gegen den Boykottadressaten zulassen will, nicht jedoch eine Schadensersatzklage; dies geht aus der Randnote 28 zu § 26 nicht hervor.

5) BGH WuW/E 690 (695) - "BrotkriegII"; BGH WuW/E 755 (757) - "Flaschenbier".

nehmer des Boykotts nicht verbotswidrig handelt, es sei denn, daß sein Verhalten gegen sonstige Verbotsvorschriften des GWB verstößt. Infolgedessen wird seine Mitwirkung zu dem vom Veranlasser erstrebten Erfolg auch nicht von dem zivilrechtlichen Unwertcharakter des vom Veranlasser verwirklichten Verbotstatbestand erfaßt. Nach Ansicht des BGH beschränkt sich der Schutzbereich des § 26 Abs. 1 GWB auf das Verhältnis zwischen Verruffer und Boykottierten. Deshalb scheidet eine Haftung des Boykottadressaten als Gehilfe oder Mittäter des Verrufers aus.¹⁾

3. Zur Entscheidung dieser Streitfrage soll auf die gesetzes-systematische Betrachtungsweise zurückgegriffen werden.²⁾

Die Rechtsnormen, die den Tatbestand des § 26 Abs. 1 GWB umlagern, zeigen auf, daß ein Unternehmen nicht schon allein deshalb, weil es gegenüber einem anderen Unternehmen eine Liefer- bzw. Bezugssperre verhängt, mit zivilrechtlichen Folgen, wie z. B. Schadensersatzansprüchen, zu rechnen hat. Es müssen vielmehr weitere Umstände hinzukommen, die die Liefer- bzw. Bezugssperre von dem verbotsfreien in den verbotswidrigen Raum erheben. So knüpft § 25 Abs. 1 GWB daran an, daß das sperrende Unternehmen mit der Liefersperre ein anderes Unternehmen zu einem nach dem GWB verbotenen Verhalten veranlassen will, während § 26 Abs. 2 GWB voraussetzt, daß ein anderes Unternehmen durch die Vertragsverweigerung unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt wird.

Aus dem gesetzessystematischen Zusammenhang ergibt sich demnach, daß der Boykottführer dann kein tauglicher Normadressat des § 26 Abs. 1 GWB sein kann, wenn er sich darauf beschränkt, ein anderes Unternehmen von seinem Geschäftsverkehr auszuschließen.

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man zur Lösung der Frage, ob das sperrende Unternehmen vom Verbotsbereich des § 26 Abs. 1 GWR

1) so auch Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 1o2; Peukert, Abschlußverweigerung und Abschlußzwang im Kartellrecht, S. 13o ff; Polzius, Zulässigkeit und Grenzen des wirtschaftlichen Boykotts, S. 92; Sandrock, Die Liefersperre..., JuS 1971, 57 (59).

2) vgl. S.3o, 31.

erfaßt wird, auf die im Strafrecht entwickelten Grundsätze zur notwendigen Teilnahme zurückgreift und wenn man berücksichtigt, daß sich das sperrende Unternehmen in einer notstandsähnlichen Situation befindet, die seine Verhaltensweise als gerechtfertigt erscheinen läßt.

a) Das für das Strafrecht entwickelte Rechtsinstitut der notwendigen Teilnahme liegt vor, wenn ein Tatbestand nur dadurch verwirklicht werden kann, daß mehrere Personen beteiligt sind.¹⁾

Zum Boykotttatbestand gehört begriffsnotwendig der Verrufer und der Sperrer. Insoweit besteht eine Kongruenz zu der notwendigen Teilnahme im Strafrecht.

Ob das Verhalten des notwendig Mitwirkenden von der betreffenden Rechtsnorm mit dem Makel der Verbotswidrigkeit belegt wird, hängt von der normativen Zielsetzung der betreffenden Strafrechtsnorm ab.²⁾

Unbestritten ist jedoch, daß derjenige Tatbeteiligte nicht verbotswidrig handelt, der sich streng auf die Rolle beschränkt, die ihm im Tatbestand der jeweiligen Rechtsnorm zugewiesen ist.³⁾

Das Unternehmen B hat den durch § 26 Abs. 1 GWB abgesteckten Handlungsspielraum nicht überschritten. Somit kann es, wenn man die im Strafrecht entwickelten Grundsätze auch in das Zivilrecht hineinwirken läßt, nicht verbotswidrig gehandelt haben.

b) Zu demselben Ergebnis gelangt man dann, wenn man der Tatsache Beachtung schenkt, daß sich das sperrende Unternehmen oft in einer notstandsähnlichen Lage befinden wird. Auf der einen Seite unterhält es mit dem Verrufer Geschäftsbeziehungen, die ihm wirtschaftliche Vorteile bringen, und auf der anderen Seite möchte es mit dem zu sperrenden Unternehmen in Geschäftsbeziehungen treten, um sich dadurch eine zusätzliche Einnahmequelle zu verschaffen. Es kollidieren demzufolge verschiedene Geschäftsinteressen.

1) Schönke-Schröder, Vorbem. 118 zu § 47.

2) Maurach, Deutsches Strafrecht AT, § 50 II a 2 (S. 567).

3) Maurach, a.a.O., S. 567; Mezger/Blei, Strafrecht AT, § 83, 1 b (S. 278).

Bei einer solchen Interessenkollision scheint es angebracht, die Regelungen des Gesetzgebers zu erschließen, die eine Entscheidung für eine solche Interessenlage bereithalten. Dabei sind vor allem die §§ 228, 904 BGB zu berücksichtigen, deren Grundbedeutung darin zu sehen ist, daß sie den Konfliktfall dahingehend auflösen, daß zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen eine Güterabwägung stattzufinden hat.¹⁾

Die Rechtsnorm des § 228 Abs. 1 BGB spezifiziert diesen allgemeinen Rechtsgrundsatz, indem sie die Einwirkung auf fremde Interessen dann nicht als rechtswidrig ansieht, wenn sie erfolgt, um einen drohenden Schaden abzuwehren, die Verletzung fremder Interessen zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist und der Eingriff in die fremde Interessensphäre nicht außer Verhältnis zu der drohenden Gefahr steht.²⁾

Das Unternehmen B bricht die Lizenzvertragsverhandlungen mit C ab, weil es befürchtet, daß A ansonsten die bestehenden Geschäftsbeziehungen auflöst. Der Abbruch dieser Geschäftsbeziehungen könnte die Wettbewerbsposition des Unternehmens B entscheidend schwächen und Gewinneinbußen auslösen. Um diesen Gefahren vorzubeugen, besteht für B nur die Möglichkeit, dem Willen des A zu entsprechen und dem Unternehmen C den Zugang zu seinem technischen Wissen zu versperren. Der Schaden, der dem boykottierten C aus dieser Lizenzverweigerung entsteht, ist nicht höher zu bewerten als der Schaden, der dem Unternehmen B aus dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit A erwachsen könnte.

Aus diesen Erörterungen ist ersichtlich, daß sich die Situation des Unternehmens B durchaus als eine notstandsähnliche Lage im Sinne des § 228 Abs. 1 BGB begreifen läßt. Demnach kann die Verhaltensweise des Unternehmens B nicht als verbotswidrig gekennzeichnet werden. B ist nicht Normadressat des Boykottatbestandes

1) Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, § 241 II 2 c (S. 1456).

2) An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß C keinen Rechtsanspruch auf Abschluß eines Lizenzvertrages hat. § 228 Abs. 1 geht jedoch von dem Eingriff in solche Güter aus, die von der Rechtsordnung geschützt sind. Deshalb kann für die Lösung des anstehenden Problems nur der dem § 228 Abs. 1 BGB immanente Rechtsgedanke fruchtbar gemacht werden. Eine unmittelbare Anwendung des § 228 Abs. 1 BGB ist nicht möglich.

und kann demzufolge auch keinen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein.

V. Ergebnis

Das gesperrte Unternehmen kann gemäß den §§ 26 Abs. 1, 35 GWB von dem Ausführer der Lizenzsperrre nicht die Erteilung einer Zwangslizenz verlangen.

F) Zwangslizenz nach § 26 Abs. 2 iVm § 35 GWB

I. Ausgangsfall

Das marktbeherrschende Unternehmen A hat ein patentiertes Verfahren entwickelt, das zur wirtschaftlichen Verwendung eines bei ihm anfallenden Abfallproduktes eingesetzt werden kann. Für dieses Abfallprodukt, das auch bei anderen Unternehmen anfällt, gibt es keine andere wirtschaftliche Gebrauchsmöglichkeit.

Das Unternehmen A nimmt dieses Verfahren nicht in sein Produktionsprogramm auf, sondern verkauft das Abfallprodukt an alle Interessenten mit der jeweiligen ausdrücklichen oder stillschweigenden Lizenz, bei der Verarbeitung des Abfallproduktes das patentierte Verfahren zu verwenden. Die Lizenzgebühr wird durch den Kaufpreis für das Abfallprodukt pauschal mit abgegolten.

Das Unternehmen B wird vom marktbeherrschenden Unternehmen A von der Belieferung und der Lizenzierung ausgeschlossen. A kann dafür keine vernünftigen kaufmännischen oder betriebswirtschaftlichen Gründe vortragen.¹⁾

II. Der Diskriminierungstatbestand

Der Tatbestand des § 26 Abs. 2 GWB untersagt marktbeherrschenden

1) Fall aus Grützmacher, Kartellrechtliche Beurteilung der Verwertung technischer Schutzrechte, S. 102.

Unternehmen, Kartellen und preisbindenden Unternehmen,¹⁾ andere Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln.

1. Die Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB können demzufolge durch zwei verschiedene Marktverhaltensweisen den Diskriminierungsstatbestand erfüllen: entweder durch unbillige Behinderung oder durch sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung anderer Unternehmen.

Während die erste Tatbestandsmodalität diejenigen marktstrategischen Verhaltensweisen erfaßt, die darauf abzielen, die Marktbeteiligung von Mitwettbewerbern zu beeinträchtigen, richtet sich die zweite Tatbestandsalternative gegen die Diskriminierung von Lieferanten und Abnehmern.²⁾

1) Der Regierungsentwurf vom 28. Mai 1971 zur Novellierung des Kartellgesetzes erweitert den Adressatenkreis des § 26 Abs. 2 GWB folgendermaßen:

- a) Unternehmen und Oligopole mit überragender Marktstellung;
- b) Unternehmen mit 40 % Marktanteil;
- c) Unternehmen, die sich gleichförmig verhalten;
- d) Unternehmen, soweit Anbieter oder Nachfrager ihnen nicht ausreichend ausweichen können.

[Vgl. Benisch, Die Erweiterung des Diskriminierungsverbots in der Kartellgesetznovelle, in WuW 1971, 887 (888)].

2) Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 61, 62; Kahrs, Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, S. 129; a. A. Benisch im GK, § 26 Rdn 44; Gentz, Das Diskriminierungsverbot..., a.a.O., S. 598: Sie vertreten die Meinung, daß sich beide Tatbestandsvarianten in ihrem Anwendungsbereich überschneiden. Da beide Handlungsmodalitäten ein- und dieselbe Interessenabwägung erfordern (vgl. OLG Stuttgart WuW/E OLG 1106 (1107) - "AE-Provision"), hat diese Kontroverse für das Auslegungsergebnis keine Bedeutung (so auch Grupp, Kontrahierungszwang nach dem Kartellgesetz, S. 165).

Für den Ausgangsfall kommt die Handlungsmodalität "unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund" zur Anwendung, da das Unternehmen B gegenüber dem Marktbeherrscher A die wirtschaftliche Stellung eines "Abnehmers von Waren und technischem Wissen" einnimmt.

Zur Beantwortung der Frage, ob die Diskriminierungshandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund geschieht, muß eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB vorgenommen werden.¹⁾

Das marktbeherrschende Unternehmen A vermag die unterschiedliche Behandlung des Unternehmens B nicht mit vernünftigen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Erwägungen zu rechtfertigen.²⁾ Der Ausschluß vom Geschäftsverkehr ist aus reiner Willkür erfolgt. Aus diesen Gründen ist dem Interesse des Unternehmens B an freier Marktentfaltung der Vorrang vor etwaigen Eigeninteressen des Marktbeherrschers A einzuräumen.

2. Nach § 26 Abs. 2 GWB muß die Diskriminierungshandlung ferner

1) BGH WuW/E 836 (870) - "Rinderbesamung II"; BGH WuW/E 1142 (1143) - "Volksbühne"; BGH WuW/E 1200 (1203) - "Vermittlungsprovision für Flugpassagen"; BGH WuW/E 1238 (1243) - "Registrierkassen"; BGH NJW 1972, 483 (484); BGH NJW 1972, 486 (487); OLG Stuttgart WuW/E OLG 1106 (1107) - "AE-Provision"; OLG Karlsruhe WuW/E OLG 1138 (1139) - "Transfesa-Agent"; LG Köln WuW/E LG/AG 305 (306).

2) Auf diese Interessen abstellend: Baumbach-Hefermehl, § 26 Rdn 45; Benisch im GK, § 26 Rdn 45; Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 75; v. Köhler, Das Diskriminierungsverbot im GWB und der Gleichheitssatz, in BB 1959, 689 (691); Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 44.

in einem Geschäftsverkehr erfolgen, der gleichartigen¹⁾ Unternehmen üblicherweise zugänglich ist.

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ bestimmt dieses Tatbestandsmerkmal nach objektiven Kriterien. Danach ist derjenige Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich, der innerhalb der in Betracht kommenden Kreise in natürlicher, wirtschaftlicher Entwicklung als allgemein geübt und angemessen empfunden wird.

Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen, da bei einer subjektiven Betrachtungsweise⁴⁾ dem Verbotsadressaten des § 26 Abs. 2 GWB die Möglichkeit eröffnet wäre, selbst zu bestimmen, wann der Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich ist, was letztlich dazu führen könnte, daß der Diskriminierungsstatbestand leerläuft.⁵⁾

Es ist jedoch zu beachten, daß das alleinige Abstellen auf objektive Kriterien der rechtspolitischen Zielsetzung des § 26 Abs. 2 GWB nicht gerecht wird. Das in § 26 Abs. 2 GWB aktualisierte Gleichbehandlungsgebot soll sicherstellen, daß Unternehmen ihre Marktmacht nicht dazu einsetzen, um andere Unternehmen unter-

-
- 1) Unternehmen sind gleichartig, wenn deren Tätigkeiten nach Funktion und Gegenstand im Rahmen des Produktionsprozesses im wesentlichen übereinstimmen (vgl. Benisch im GK, § 26 Rdn 42; Christl, Funktion und Leistungen..., in WRP 1959, 229 (230); Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 34 - 36; Tetzlaff, Die Diskriminierung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 61).
 - 2) BGH NJW 1972, 483 (484); LG Berlin WuW/E LG/AG 116 (125) - "Allgemeine Ortskrankenkassen".
 - 3) Benisch im GK, § 26 Rdn 43; Gentz, Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB..., WuW 1961, 587 (598); Kracht, Das Diskriminierungsverbot im GWB, in NJW 1960, 1229 (1231); Rasch-Westrick, §§ 25, 26 Rdn 16.
 - 4) Die subjektive Betrachtungsweise vertritt der Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 95.
 - 5) Pickel, Diskriminierung durch preisbindende Unternehmen - üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr und Interessenabwägung -, in BB 1965, 651; Schiefer, Untersuchungen zum Diskriminierungsverbot im GWB, S. 57.

schiedlich zu behandeln. Die Gefahr einer solchen Diskriminierungspolitik besteht gerade bei marktmächtigen Unternehmen, da sie infolge ihrer wirtschaftlichen Macht keine Rücksicht auf die Steuerungsimpulse des Marktes nehmen und auch keine Selbstschädigung befürchten müssen. Die Lieferanten und Abnehmer des Marktbeherrschers haben keine oder nur unzureichende Ausweichmöglichkeiten und können deshalb das marktbeherrschende Unternehmen nicht durch Anknüpfen anderer Geschäftsbeziehungen für seine Diskriminierungspolitik "bestrafen". Wenn der Marktbeherrscher nun ein Unternehmen von seinem Geschäftsverkehr ausschließt, so werden die Marktchancen dieses Unternehmens erheblich beeinträchtigt. Es befindet sich gegenüber den Unternehmen, die weiterhin an den Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens partizipieren können, in einer schlechteren Ausgangsposition und wird sich nur schwerlich am Markt betätigen können. Diese Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit des ausgeschlossenen Unternehmens ist nicht das Resultat des wettbewerblichen Leistungskampfes, sondern erweist sich als die Folge einer vom Marktgeschehen unbeeinflussten Diskriminierungspolitik des marktbeherrschenden Unternehmens. Dem § 26 Abs. 2 GWB fällt deshalb die Aufgabe zu, dafür zu sorgen, daß die vom Marktbeherrscher abhängigen Unternehmen - gleichgültig, ob sie Kunden oder Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens sind - die gleichen Marktchancen haben, um Wettbewerbsverfälschungen zu verhüten, die aufgrund von Chancenungleichheiten eintreten können.¹⁾ Die ratio legis des § 26 Abs. 2 GWB - Sicherstellung gleicher

1) vgl. dazu Derleder, Wirtschaftliche Diskriminierung zwischen Freiheit und Gleichheit, S. 111; Ewald, Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsregeln, in WRP 1967, 379 (383); Hill, Zur Bedeutung der Marktstellung als Anknüpfungspunkt des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 GWB) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in Ehrengabe für Bruno Heusinger, S. 309 ff, 312; Schweer, Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang, S. 44; OLG Stuttgart WuW/E OLG 1106 (1107) - "AE-Revision"; OLG Celle WuW/E 827 (828) - "Sparmarkt"; LG Mainz WuW/E LG/AG 245 (246).

Marktchancen - gebietet deshalb, daß ein "üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" auch dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen entgegen der Branchenüblichkeit den Geschäftsverkehr mit allen Interessenten eröffnet hat. Auch in diesem Fall wird eine Wettbewerbsverfälschung ausgelöst, wenn ein Unternehmen willkürlich vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird. Deshalb ist es notwendig, bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals "üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" einen gemischt objektiv-subjektiven Maßstab anzuwenden. Grundsätzlich ist eine objektive Beurteilung vorzunehmen. Wenn sich aber eine Branchenüblichkeit nicht feststellen läßt, kann auf subjektive Kriterien zurückgegriffen und ein "üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" bejaht werden, wenn aus der Geschäftspolitik des Marktbeherrschers zu entnehmen ist, daß er grundsätzlich mit allen Unternehmen in Geschäftsverbindung treten will.¹⁾ Durch diese gemischt objektiv-subjektive Betrachtungsweise wird den Vertretern der Literatur²⁾ die Argumentationsgrundlage entzogen, die betonen, daß der Fall der Lizenzverweigerung schon deshalb nicht vom Diskriminierungstatbestand erfaßt werden könne, weil es nicht der Branchenüblichkeit entspreche, daß ein Patentinhaber mit allen Interessenten einen Lizenzvertrag abschließe, und daß deshalb das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "üblicher Geschäftsverkehr" zu verneinen sei. Da das marktbeherrschende Unternehmen A im Ausgangsfall in der Regel allen Unternehmen den Zugang zu seinem technischen Wissen verschafft und sie auch mit den anfallenden Abfallprodukten beliefert, ist nach der gemischt-objektiv-subjektiven Theorie ein "üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" gegeben.

1) "Subjektiv" nicht in dem Sinne, daß es auf die innere Willensrichtung des Unternehmens ankommt. Vielmehr soll damit gesagt werden, daß die Üblichkeit des Geschäftsverkehrs auch nach der individuellen Gestaltung dessen beurteilt wird, der den Geschäftsverkehr eröffnet. Insoweit ist natürlich auf den objektiven Erklärungstatbestand, den das betreffende Unternehmen setzt, abzustellen.

2) Gentz, Das Diskriminierungsverbot..., in WuW 1961, 587 (610); Contzen, Der Kontrahierungszwang bei marktbeherrschenden Unternehmen, S. 128.

Das Marktverhalten des Unternehmens A gegenüber dem Unternehmen B fällt demzufolge in den Subsumtionsbereich des § 26 Abs. 2 GWB.

3. Ein Teil der Literatur¹⁾ will den Diskriminierungstatbestand dennoch nicht auf die Verwertung technischer Schutzrechte anwenden.

Er ist der Ansicht, daß die Wettbewerbsbeeinträchtigung bzw. -verfälschung nicht durch das Patent, sondern durch den aufgrund des technischen Schutzrechtes hergestellten Gegenstand erfolge. CONTZEN²⁾ führt zu diesem Problemkreis aus: "Gelingt es einem Unternehmen, sich mit Hilfe dieses Rechts eine marktbeherrschende Position zu schaffen, so hat diese zwar ihre Ursache in dem betreffenden Schutzrecht, besteht aber auf dem Markt des unter Zuhilfenahme des gewerblichen Schutzrechtes hergestellten Gutes. Folgerichtig kann daher der Inhaber eines Schutzrechtes auch nur zur Lieferung dieses Erzeugnisses verpflichtet sein, sofern die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB vorliegen. Auf diese Weise wird auch den Belangen der Allgemeinheit und der beteiligten Wirtschaftskreise in ausreichendem Maße Rechnung getragen."

Diese Auffassung erkennt, daß zwischen zwei verschiedenen Märkten streng zu differenzieren ist: dem Produktmarkt, auf welchem die aufgrund des Patents hergestellten Erzeugnisse angeboten werden und dem Lizenzmarkt, auf dem anderen Unternehmen das technische Know-How "verkauft" wird. Erfolgt die diskriminierende Handlung des Marktbeherrschers auf dem Lizenzmarkt, dann ist nicht einzusehen, warum diese Handlung nicht vom Verbotsbereich des § 26 Abs. 2 GWB erfaßt werden sollte.

Wenn BENISCH³⁾ darauf hinweist, daß andernfalls⁴⁾ auch die Abtre-

1) Benisch im GK, § 26 Rdn 57; Contzen, Der Kontrahierungszwang bei marktbeherrschenden Unternehmen, S. 129.

2) Der Kontrahierungszwang..., S. 129.

3) GK § 26 Rdn 57.

4) Wenn einem Unternehmen aufgrund des Diskriminierungstatbestandes eine Lizenz erteilt würde (Anm. vom Verf.).

tung von Eigentumsrechten an Betriebsteilen verlangt werden könne, übersieht er, daß die Betriebsteile, die die Voraussetzung für den Ablauf des Produktionsprozesses sind, keinen selbständigen Markt bilden, auf dem eine Diskriminierungshandlung vorgenommen werden könnte.

4. Gegen die Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB auf Fälle einer diskriminierenden Lizenzpolitik wird ferner vorgetragen, daß das GWB nicht den Zweck verfolgen könne, anderen Unternehmen eine wirtschaftliche Betätigung mit fremden Arbeitsleistungen zu ermöglichen.¹⁾ Deshalb sei es nicht zu rechtfertigen, einen Patentinhaber aufgrund des § 26 Abs. 2 GWB zu verpflichten, einem anderen Unternehmen mit Hilfe eines Lizenzzwangs seinen Erfindungsgedanken zur Verfügung zu stellen. Diese Argumentation kann mit dem Hinweis entkräftet werden, daß auch diejenigen Unternehmen, die nach § 26 Abs. 2 GWB vom preisbindenden Unternehmen eine Weiterbelieferung mit Markenwaren verlangen können, an fremder Arbeitsleistung, wie zum Beispiel der intensiven Verkaufsförderung durch Werbung und sonstigen Maßnahmen der Imagepflege, partizipieren können. Sicherlich ist diese Ausnutzung fremder Arbeitsleistung kein vom GWB gewünschtes Ergebnis, da der Wettbewerbsmechanismus eine Einkommensverteilung nach der eigenen Marktleistung anstrebt, doch muß diese Folge in Kauf genommen werden, um den Grundgedanken des § 26 Abs. 2 GWB - Sicherstellung gleicher Marktchancen - verwirklichen zu können.

III. Zwangslizenz als Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruchs aus den §§ 26 Abs. 2, 35 GWB

1. Die Rechtsnorm des § 26 Abs. 2 GWB verbietet dem Normadressaten die unterschiedliche Behandlung von anderen Unternehmen. Mit diesem Verbot verfolgt § 26 Abs. 2 GWB den Zweck, die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der passiv diskriminierungsfähigen Unternehmen zu schützen. Sie sollen die Chance erhalten, sich

1) Müller-Gries-Giessler, § 26 Rdn 53.

unter gleichen Bedingungen am Markt entfalten zu können. Der Diskriminierungstatbestand erfüllt somit die Voraussetzungen, die an ein Schutzgesetz im Sinne des § 35 Abs. 1 GWB zu stellen sind.¹⁾

2. Durch die sachlich nicht gerechtfertigte Liefer- und Lizenzverweigerung beeinträchtigt das marktbeherrschende Unternehmen A das von § 26 Abs. 2 GWB geschützte Interesse des B an einer Marktbetätigung unter gleichen Bedingungen.²⁾

1) vgl. die Ausführungen auf S. 56 ff; so auch Baur, Der Mißbrauch ..., a.a.O., S. 57; Benisch im GK, § 35 Rdn 3; Frankfurter Kommentar, § 35 Tz 40; Langen, § 35 Rdn 6; Müller-Gries-Giessler, § 35 Rdn 19; Schweer, Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang, S. 104; BGH NJW 1962, 196 (199); OLG Celle WuW/E OLG 827 (828) - "Sparmarkt"; OLG Karlsruhe WuW/E OLG 1138 - "Transfesa-Agent".

2) Kahrs, Zivilrechtliche Ansprüche aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, S. 165, lehnt es ab, die "gleiche Marktbedingung" als ein von § 26 Abs. 2 GWB geschütztes Rechtsgut anzusehen. Nach dem Gesetzeszweck haben - wie Kahrs meint - nur Wettbewerber und zwar gerade in ihrer Eigenschaft als Wettbewerber einen Anspruch auf Schutz. Der Wettbewerb begreift nur die Betätigung am Markt. Deshalb sei der Einkauf von Waren zum Beispiel, bei dem die unterschiedliche Bedingung gesetzt wird, lediglich eine Vorstufe zu der eigentlichen Betätigung am Markt. Der rein passive Vorgang des Diskriminiertwerdens bedeutet allenfalls eine schlechtere Ausgangsposition für die eigentliche Marktbetätigung, den Kampf gegen die Konkurrenz um die Kunden. Die Ungleichheit der Marktchancen könne sich - nach Kahrs - aber beim Kampf um den Kunden schädigend auswirken. Sie sei aber selbst noch kein Schadenszustand, sondern lediglich das schadensstiftende Ereignis. Kahrs verschließt sich der Tatsache, daß auch der Einkauf von Waren oder der "Ankauf von technischen Wissen" sich als Marktbetätigung darstellt. Seine Auffassung ist gekünstelt und widerspricht der Realität des Wirtschaftslebens. Außerdem verkennt Kahrs, daß sich die Diskriminierungshandlung des Marktbeherrschers unmittelbar in eine Beeinträchtigung des von § 26 Abs. 2 GWB geschützten Interesses an gleichen Startbedingungen umsetzt. Diese Beeinträchtigung ist der unmittelbare Schaden des diskriminierten Unternehmens und nicht lediglich das schadensstiftende Ereignis (vgl. dazu auch die Ausführungen in Fußn. 1 auf Seite 110).

Dieser Eingriff in die Rechtssphäre des Unternehmens B stellt sich als immaterieller Schaden dar und wird auch vom Normzweck des § 26 Abs. 2 GWB umfaßt.

3. Der Nichtvermögensschaden des Unternehmens B könnte im Wege der Naturalrestitution dadurch ausgeglichen werden, daß man dem marktbeherrschenden Unternehmen A die Verpflichtung auferlegt, mit B sowohl einen Liefervertrag in Bezug auf die Abfallprodukte als auch einen Lizenzvertrag an dem Verfahrenspatent abzuschließen.

Dabei würde jedoch verkannt, daß das in § 26 Abs. 2 GWB fixierte Gleichbehandlungsgebot nicht die Forderung impliziert, die Gleichstellung auf der Ebene der günstigeren Bedingungen zu vollziehen. Dem Gleichbehandlungsgebot kann auch dadurch Genüge getan werden, daß die Verbotsadressaten des § 26 Abs. 2 GWB alle passiv diskriminierungsfähigen Unternehmen von der Belieferung oder der Lizenzierung ausschließen, denn auch in dem letzteren Fall werden für alle Unternehmen gleiche Startchancen hergestellt.¹⁾

Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß das Diskriminierungsverbot kein irgendwie geartetes Günstigkeitsprinzip im Sinne eines Rechts auf bestmögliche Behandlung²⁾ enthält, kann der Verbotsadressat des § 26 Abs. 2 GWB lediglich dazu verpflichtet werden, alle Maßnahmen zu unterlassen, die das vom § 26 Abs. 2 GWB geschützte Rechtsgut - Marktbetätigung unter gleichen Bedingungen - zu beeinträchtigen vermögen. Es ist dann dem Verbotsadressaten anheimgestellt, ob er die Gleichbehandlung auf dem höheren oder dem niedrigeren Niveau durchführt. Die Verletzung des Diskriminierungsverbots vermag nur dann gemäß den §§ 26 Abs. 2, 35 GWB iVm § 249 S. 1 BGB zu einem Kontrahierungs- bzw. Lizenzzwang zu führen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen durch langfristige Liefer- bzw. Lizenzverträge an seine Abnehmer gebunden ist. In diesem Fall kann es die Gleichstellung

1) vgl. auch Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 428; Kahrs, Zivilrechtliche Ansprüche aufgrund der Verletzung des Diskriminierungsverbots, S. 175.

2) Belke, Die Geschäftsverweigerung..., a.a.O., S. 428.

nicht auf dem Niveau der Schlechterbehandelten vollziehen, da es dann gegenüber den nicht diskriminierten Unternehmen vertragsbrüchig würde. Dadurch aber würde Unrecht durch Unrecht beseitigt. Der Marktbeherrscher kann sich demnach nur dadurch dem Verbotsbereich des § 26 Abs. 2 GWB entziehen, daß er die Gleichstellung auf dem Niveau der Besserbehandelten vornimmt. Infolge dieser "Selbstbindung" des Verbotsadressaten des § 26 Abs. 2 GWB ist es zulässig, ihm einen Kontrahierungs- und Lizenzzwang aufzuerlegen.¹⁾

Nur wenn sich im Ausgangsfall das Unternehmen A durch Dauerlieferverträge und durch langfristige Lizenzverträge an seine Abnehmer gebunden hat, vermag das Unternehmen B demnach im Wege einer Schadensersatzklage das marktbeherrschende Unternehmen A zu verpflichten, mit ihm einen Liefer- und Lizenzvertrag zu vereinbaren.

IV. Ergebnis

Aufgrund der §§ 26 Abs. 2, 35 GWB kann gegen das diskriminierende Unternehmen eine Zwangslizenz verhängt werden.

Die Festsetzung der einzelnen Konditionen des Zwangslizenzvertrages richtet sich nach den Bedingungen, zu welchen das diskriminierende Unternehmen mit den Unternehmen, die es nicht vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen hat, kontrahiert hat.

1) Die Möglichkeit einer Zwangslizenz aus § 26 Abs. 2 GWB bejahen ebenfalls: Brugger, Kartellrechtliche Beurteilung von Urheberrechtsgesellschaften (II. Teil), in WuW 1959, 244 (251, 252); Schulte, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften..., a.a.O., S. 89, 90 m. w. Nachw. in Fußn. 320.

4. Teil: Ist § 15 PatG lex specialis gegenüber den GWB-Vorschriften, die als Rechtsfolge die Auferlegung einer Zwangslizenz beinhalten?

A) Problemstellung

Bevor der Frage nachgegangen wird, ob § 15 PatG die Rechtssätze des GWB, die ebenfalls die Möglichkeit der Erteilung einer Zwangslizenz beinhalten, im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt, muß geprüft werden, ob zwischen diesen Rechtsnormen ein Konkurrenzverhältnis im Rechtssinne besteht.¹⁾

Ein solches Konkurrenzverhältnis liegt vor, wenn die wetteifernden Normen einen gemeinsamen Lebenssachverhalt erfassen und einem kongruenten rechtspolitischen Zweck dienen.²⁾

Aus dieser Grundsatzdefinition ergibt sich, daß diejenigen GWB-Rechtsnormen, die dem Patentinhaber eine Zwangslizenz allein deswegen auferlegen, um damit Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer auszugleichen, nicht mit § 15 PatG in einem Konkurrenzverhältnis stehen können. Denn § 15 PatG gebietet nur dann die Erteilung einer Zwangslizenz, wenn es das öffentliche Interesse erfordert, nicht aber in den Fällen, in denen Individualinteressen, wie z. B. die wettbewerbliche Handlungsfreiheit, beeinträchtigt sind. Aufgrund der divergierenden rechtspolitischen Zielsetzungen dieser Rechtsvorschriften muß ein Konkurrenzverhältnis deshalb verneint werden.

Es stellt sich demnach nur das Problem, ob § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB, der als einzige Rechtsnorm des GWB die Erteilung einer Zwangslizenz wegen Verletzung von gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsfunktionen ermöglicht, mit § 15 PatG konkurriert.

B) Besteht zwischen § 15 PatG und § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB ein Konkurrenzverhältnis?

Die beiden Rechtsnormen konkurrieren dann miteinander, wenn § 15

1) vgl. S. 22.

2) vgl. S. 23.

PatG die Erteilung einer Zwangslizenz ermöglicht, um die gesamtwirtschaftlichen Zielfunktionen des Wettbewerbs¹⁾ vor Verfälschungen zu bewahren. Inwieweit das Rechtsinstitut "Zwangslizenz" zur Verwirklichung einer solchen Zielsetzung eingesetzt werden kann, hängt von dem Bedeutungsinhalt des unbestimmten Rechtsbegriffs "öffentliches Interesse" in § 15 PatG ab.

Mit Hilfe der historischen und der teleologischen Auslegungsmethode muß dessen Bedeutungsinhalt erschlossen werden.

I. Historische bzw. subjektive Auslegungsmethode

Aus dem Kommissionsbericht des Reichstages zum Entwurf des Patentgesetzes von 1877 geht hervor, daß das öffentliche Interesse nicht das Interesse des Konsumenten an einer Verbilligung der vom Patentinhaber hergestellten Produkte umfasse. Dies soll auf jeden Fall so lange gelten, als der Patentinhaber nicht auf unangemessene Preise hinwirke.²⁾

Obwohl die Ansicht der Reichstagskommission nicht die Meinung des gesamten Gesetzgebungsorgans widerspiegelt, so ist der Inhalt dieses Berichtes doch ein Indiz dafür, daß § 15 PatG nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zur Erzielung von gesamtwirtschaftlich erwünschten Marktergebnissen, wie z. B. marktgerechte Preise im Interesse der Verbrauchers, herangezogen werden darf.

Bei der Anwendung der subjektiven Auslegungsmethode ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, daß der gesetzgeberische Wille von einem bestimmten wirtschaftspolitischen Hintergrund beeinflusst wird, der im Laufe der Zeit Veränderungen unterworfen ist, so daß dem Willen des Gesetzgebers nur eine untergeordnete Bedeutung bei der Auslegung von generalklauselartigen Rechtsbegriffen beizulegen ist.

1) Wie z. B. Einkommensverteilung nach der Marktleistung oder flexible Anpassung der Produktion und der Produktionskapazität an außenwirtschaftliche Daten.

2) Der Kommissionsbericht wird vom RG zitiert [RGZ 83, 9 (13)17.

II. Der Gesetzeszweck des § 15 PatG

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist derart vielschichtig und weitgespannt,¹⁾ daß sich kaum ein "Patentrezept" für die Konkretisierung dieses Merkmals finden lassen dürfte.²⁾ Das Erfordernis des öffentlichen Interesses entzieht sich vielmehr einer bleibenden allgemeingültigen Definition, da sein Begriffsinhalt von politischen Wertvorstellungen der Gemeinschaft bestimmt wird, die ihrerseits einer permanenten Veränderung unterliegen.³⁾

Einen Rahmen für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "öffentliches Interesse" bilden allenfalls die ordnungspolitischen Wertvorstellungen, die sich in dem demokratischen Willensbildungsprozeß, insbesondere dem Gesetzgebungsverfahren, herauskristallisiert haben. Demnach kann dieser Begriff auch als Einfallstor für wettbewerbspolitische Grundprinzipien des "Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" gelten.

Aus § 15 PatG ließe sich demnach theoretisch die Auferlegung einer Zwangslizenz für den Fall rechtfertigen, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die Lizenzverweigerung gegen die gesamtwirtschaftlichen Funktionen des Wettbewerbs verstößt.⁴⁾

1) v. Zezschwitz, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, S. 1.

2) Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S.30.

3) Horn, Das öffentliche Interesse an Zwangslizenzen, in Mitt. 1970, 184 (185); Preu, Zur Zwangslizenz, S. 245.

4) vgl. dazu Strohm, Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen, S. 132; Strohm hält es nicht für ausgeschlossen, daß § 15 PatG auch zum Schutz des Wettbewerbs eingesetzt werden kann. Auch in der Rechtsprechung des RG findet man Fälle, in denen die Zwangslizenz zur Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher Wettbewerbsfunktionen eingesetzt wurde:

a) So hielt z. B. das RG die Erteilung einer Zwangslizenz dann für gerechtfertigt, wenn der Erfinder allein nicht in der Lage war, den Bedarf am deutschen Markt zu decken (RGZ 83, 9 (14); RGZ 93, 50 (54); RGZ 121, 328 (329)).

7. Durch die Erteilung der Zwangslizenz wurde der Wettbewerbsfunktion "Zusammensetzung des Warenangebots nach Konsumentenpräferenzen" entsprochen.

b) In einer anderen Entscheidung wurde das öffentliche Interesse deshalb bejaht, weil der Lizenzsucher für die Lösung einer technischen Aufgabe eine Erfindung bereitstellte, die die Verwendung von Platin überflüssig machte, einem Rohstoff, der nur in geringen Mengen vorhanden war, so daß dieser Rohstoff nach Einführung der Innovation für andere Zwecke genutzt werden konnte. In diesem Fall wurde durch

Zwischen § 15 PatG und § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB besteht somit ein Konkurrenzverhältnis: Beide Rechtsnormen haben einen teilweise kongruenten Subsumtionsbereich und weisen eine gemeinsame rechtspolitische Zielsetzung auf.

C) Wird § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB im Wege der Gesetzeskonkurrenz von § 15 PatG verdrängt?

Nachdem festgestellt worden ist, daß die beiden Rechtsnormen miteinander konkurrieren, bedarf es nunmehr der Prüfung, ob § 15 PatG den § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt. Diese Verdrängungskonkurrenz kann entweder auf Spezialitäts- oder Subsidiaritätsgründen beruhen.¹⁾

I. Rangverhältnis der Spezialität

§ 15 PatG ist dann *lex specialis* gegenüber § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB, wenn § 15 PatG nur einen Teil des Subsumtionsbereiches des § 22 GWB erfaßt.²⁾

Ein solches Rangverhältnis muß jedoch verneint werden, da eine Zwangslizenz gemäß § 15 PatG nicht nur zur Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher Wettbewerbsfunktionen, sondern auch zur Durchführung von sozialpolitischen Forderungen erteilt werden kann.³⁾ Der Tatbestand des § 15 PatG umfaßt demzufolge einen größeren Subsumtionsbereich als derjenige des § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB.

Fort. von Fußn. 4):

die Zwangslizenzerteilung für die abhängige Erfindung der Wettbewerbsfunktion "Lenkung der Produktionsfaktoren in ihre produktivsten Einsatzmöglichkeiten" Genüge getan [vgl. RGZ 106, 214 (215)]⁷.

1) vgl. S.22.

2) vgl. Dietz, Anspruchskonkurrenz..., a.a.O., S. 23.

3) Prägnantes Beispiel für diese Schutzrichtung des § 15 PatG ist die Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. März 1926 [RGZ 113, 115 (118)]⁷, in welcher dem Lizenzsucher eine Zwangslizenz deshalb erteilt wurde, um dadurch Arbeitsplätze für Kriegsheimkehrer sicherzustellen; vgl. auch die Beispiele bei Benkard-Löschner, § 15 Anm. 9 c.

II. Rangverhältnis der Subsidiarität

Die Rechtsnorm des § 15 PatG könnte jedoch den § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB im Wege der Subsidiarität verdrängen. Ein solches Subsidiaritätsverhältnis liegt vor, wenn die Gesetzesauslegung ergibt, daß § 15 PatG seinen Geltungsbereich erschöpfend regelt.¹⁾ In der patent- und kartellrechtlichen Literatur gibt es eine Anzahl von Lehrmeinungen, die die Erteilung einer Zwangslizenz nach § 15 PatG als Exklusivregelung gegenüber § 22 Abs. 3 iVm Abs. 4 GWB betrachten.²⁾

Allerdings findet man kaum eine nähere Begründung für diese Ansicht. Lediglich MÖHRING³⁾ unternimmt den Versuch, die These von dem Ausschließlichkeitscharakter zu untermauern, in dem er schreibt: "Für derartige Maßnahmen (Zwangslizenzen) steht bereits der den besonderen Verhältnissen Rechnung tragende § 15 PatG als *lex specialis* zur Verfügung. Es wird allgemein ein Gebot der vernünftigen Gesetzesauslegung sein, die gewerblichen Schutzrechte nicht wegen ihrer Ausschließlichkeitsstellung kartellrechtlich zu diskriminieren..., wo im Interesse der Allgemeinheit bereits ausreichende und der besonderen Interessenlage wesentlich besser angepaßte patentrechtliche Abhilfemittel zur Verfügung stehen."

1) Dietz, Anspruchskonkurrenz..., a.a.O., S. 64; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 60 II; Larenz, BGB AT § 20 IV 1; BGHZ 36, 252 (255).

2) Benkard-Löscher, § 15 Anm. 9 b; Contzen, Der Kontrahierungszwang..., a.a.O., S. 128; Fahrenschon, Zwangslizenz nach § 25 eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in GRUR 1955, 281 (282); Grupp, Kontrahierungszwang nach dem Kartellgesetz, S. 180; Kracht, Das Diskriminierungsverbot im GWB, in NJW 1960, 1229 (1332); Lüdecke-Fischer, Lizenzverträge, S. 741; Möhring, Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung, in GRUR 1955, 512 (516, 518); derselbe, Die Bedeutung der Rule of Reason im Kartellrecht, II. Teil, WuW 1955, 89 (97); derselbe, Marktbeherrschende Unternehmungen im gewerblichen Rechtsschutz, in GRUR 1952, 469 (471).

3) Die Bedeutung..., a.a.O., WuW 1955, 89 (97).

MÖHRINGS Argumentation ist von dem Gedanken geprägt, daß die Erteilung einer Zwangslizenz nach GWB-Normen den Schutzrechtsinhalt des Patents aushöhlen könnte, und daß dieser Gefahr nur dann entgegengetreten werden kann, wenn man Wettbewerbsverfälschungen auf Grund einer Lizenzverweigerung mit dem patentrechtskonformen Gestaltungsinstrumentarium des § 15 PatG auflöst. MÖHRING erkennt jedoch, daß nach § 22 Abs. 4 GWB das Bundeskartellamt dazu berufen ist, die gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen des Wettbewerbs vor Verfälschungen durch marktbeherrschende Unternehmen zu schützen.

Wollte man demnach allein dem Bundespatentgericht die Möglichkeit der Erteilung einer Zwangslizenz zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs einräumen, so würde eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Verschiebung von Staatsfunktionen vorliegen, die aus verfassungspolitischen Gründen nicht erlaubt sein kann.¹⁾ Demnach tritt § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB nicht aus Subsidiaritätsgründen gegenüber dem § 15 PatG zurück.²⁾ Vielmehr kann § 15 PatG dann nicht zur Anwendung kommen, wenn sich die Lizenzverweigerung als mißbräuchliche Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Die Rechtsnorm des § 22 Abs. 4 iVm Abs. 3 GWB regelt diesen Teilbereich spezieller.

1) H. H. Rupp, Zur Problematik öffentlichrechtlicher Machtpotenzierung durch Funktionskombinationen, in NJW 1968, 569 (571): "...das ganze System rechtsstaatlicher Maßigung der Hoheitsfunktionen komme ins Wanken, wenn die im Behördenorganisationsrecht geregelte Verteilung der Staatsfunktionen auf die zuständigen Behörden dadurch verhindert werde, daß gesetzlich nicht vorgesehene Verbindungen solcher Funktionen hergestellt würden, was eine Potenzierung der Staatlichkeit zur Folge haben müsse."

2) In Bezug auf die übrigen GWB-Vorschriften, die die Möglichkeit zur Erteilung einer Zwangslizenz aufweisen (z. B. § 26 Abs. 2 GWB), vertreten diese Ansicht ebenfalls; Baumbach-Helffermehl, Wettbewerbsrecht, § 26 Rdn 54; Brugger, Kartellrechtliche Beurteilung..., a.a.O., in WuW 1959, 244 (251); Frankfurter Kommentar, § 26 Tz 125; Kellermann, Die gewerblichen Schutzrechte im GWB, in GRUR 1958, 581 (583); Völz, Gewerbliche Schutzrechte und GWB, in WRP 1957, 313 (314); Rasch-Wes-trick, §§ 25, 26 Rdn 35.

D) Ergebnis

1. § 15 PatG ist gegenüber den Rechtsnormen des GWB, die dem Patentinhaber allein deswegen eine Zwangslizenz auferlegen, um damit Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer auszugleichen (vgl. §§ 1, 25 I, 26 II GWB iVm § 35 GWB), nicht als lex specialis anzusehen. Denn § 15 PatG gebietet nur dann die Erteilung einer Zwangslizenz, wenn es das öffentliche Interesse erfordert, nicht aber in den Fällen, in denen Individualinteressen, wie z. B. die wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit, beeinträchtigt wird.

2. Die Rechtsnormen des § 15 PatG ist auch nicht gegenüber § 22 GWB als Exklusivregelung zu betrachten. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 22 GWB zu erkennen gegeben, daß das Bundeskartellamt dazu berufen ist, die gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen des Wettbewerbs vor Verfälschungen durch den Marktbeherrscher zu schützen.

Zusammenfassung und Schlußbetrachtung

Ziel der Untersuchung war es, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Tatbestände zu durchleuchten, die die Möglichkeit der Erteilung einer Zwangslizenz beinhalten.

Es hat sich gezeigt, daß das GWB Rechtsnormen enthält, die eine solche Möglichkeit eröffnen. Diese Rechtsnormen sind in zwei Kategorien zu unterteilen.

Auf der einen Seite läßt sich aus den Tatbeständen des GWB dann die Rechtsfolge einer Zwangslizenz herleiten, wenn die Lizenzvertragspolitik einer oder mehrerer Patentinhaber dazu geeignet ist, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer zu beschneiden und damit die gesellschaftspolitische Zielkomponente des Wettbewerbs verfälscht wird. In diesem Fall kann die Rechtsfolge einer Zwangslizenz durch die Rechtsnormen der §§ 1, 25 I und 26 II GWB iVm § 35 GWB ausgelöst werden. Dabei dient die Zwangslizenz dazu, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der betreffenden Marktteilnehmer herzustellen.

Auf der anderen Seite kann die Verhängung einer Zwangslizenz dann gerechtfertigt sein, wenn die Lizenzverweigerung eines Patentinhabers gegen die gesamtwirtschaftlichen Zielfunktionen des Wettbewerbs verstößt. Dies ist der Fall des § 22 IV GWB. Eine Lizenzverweigerung, die die gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen des Wettbewerbs, wie z. B. "angemessene Versorgung des Verbrauchers," verfälscht, muß jedoch von einiger Intensität sein, um als marktmißbräuchlich im Sinne des § 22 III GWB qualifiziert werden zu können und um dem BKartA die Möglichkeit zu geben, aufgrund des § 22 IV GWB eine Zwangslizenz anzuordnen. Die Erteilung von Zwangslizenzen nach GWB-Vorschriften kann nicht mit dem Hinweis verneint werden, daß § 15 PatG als Ausschließlichkeitsregelung anzusehen ist.

Durch die Möglichkeit zur Auferlegung von Zwangslizenzen nach GWB-Vorschriften könnten die Unternehmen dazu veranlaßt werden, ihre Erfindungen geheimzuhalten, um zu verhindern, daß andere Marktteilnehmer mittels einer Zwangslizenz an ihrer Arbeitsleistung partizipieren.¹⁾ Dadurch würde eine wesentliche und bedeutende Rechts-

1) vgl. Hirsch, Patentrecht und Wettbewerbsordnung, in: WuW 1975, 39 (126).

technik des Patentrechts außer Kraft gesetzt: Die Offenbarung des Erfindungsgedankens in allen Stadien des Patentprüfungsverfahrens. Wie bereits erörtert,¹⁾ trägt gerade diese Rechtstechnik sehr zur Verwirklichung der vom Patentrecht angestrebten Zielfunktion "Beschleunigung des technischen Fortschritts" bei, da die Offenbarung des Erfindungsgedankens den Marktkontrahenten schon frühzeitig die Gelegenheit gewährt, den Wettbewerbsvorstoß des Konkurrenten abzufangen und ihrerseits eine initiative Phase auf dem technologischen Gebiet einzuleiten.

Die Gefahr der Geheimhaltung der Erfindungsgedanken darf jedoch nicht überbewertet werden. Es bestehen einige gewichtige Gründe, die die Unternehmen trotz der Möglichkeit, zu einer Zwangslizenz verpflichtet zu werden, dazu veranlassen, ihre Erfindungen beim Patentamt anzumelden. So können die Unternehmen nur schwerlich die Nachahmung ihrer Erzeugnisse verhindern, denen ein patentfähiger Erfindungsgedanke zugrundeliegt. Aus § 1 UWG können sie nur dann die Unterlassung der Nachahmung ihrer Arbeitsergebnisse verlangen, wenn besondere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Nachahmers als unlauter erscheinen lassen.²⁾

Auch vermag ein Unternehmen nicht gegen Doppelerfinder vorzugehen, die unabhängig von ihm denselben Erfindungsgedanken hatten. Angesichts der Nachteile, die die Nichtanmeldung einer Erfindung zur Folge hat und aufgrund der Tatsache, daß nur in Ausnahmefällen nach den GWB-Vorschriften eine Zwangslizenz verhängt werden kann, werden die Unternehmen wohl kaum in Bezug auf ihre technischen Erfindungsleistungen die Flucht in den Geheimwettbewerb antreten. Die Erweiterung der Möglichkeit zur Verhängung von Zwangslizenzen nach dem GWB führt demnach nicht zur Beeinträchtigung von patentrechtlichen Ordnungsfunktionen.

1) vgl. S. 11, 12.

2) Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rdn 252.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH St	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Straf- sachen
BGHZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen
BKartA	Bundeskartellamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWiMin	Bundeswirtschaftsministerium
DB	Der Betrieb
Diss	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DPA	Deutsches Patentamt
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Einl.	Einleitung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Ge- meinschaften
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europä- ischen Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff	folgende
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
h. M.	herrschende Meinung
i. d. F.	in der Fassung
i. V. m.	in Verbindung mit
Jb.N.St.	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JurA	Juristische Analysen
JZ	Juristenzeitung
MA	Der Markenartikel
Mitt.	Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PatG	Patentgesetz
Rdn.	Randnote
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
s.	siehe
u. a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuWE	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

LITERATURVERZEICHNIS

- Aderhold Boykottmaßnahmen gegen Versand- und Selbstbedienungshandel beim Betrieb hochwertiger technischer Geräte, in DB 1965, 619 ff.
- Arndt, Helmut Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, Berlin 1952.
- Auerswald Das Patentmonopol und der Kartellgesetzentwurf, in WuW 1957, 220 ff.
- Ballerstedt Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im GWB, in Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 179 ff.
- Ballerstedt Kartellverbot und Einzelvertrag, in JZ 1956, 267 ff.
- Barnikel Die Abgrenzung des relevanten Marktes, in WuW 1961, 246 ff.
- Barnikel Sind die kartellrechtlichen Erleichterungen für die Zusammenarbeit der Unternehmen ausreichend?, in WuW 1971, S. 365 ff.
- Barnikel Zum Wettbewerbsbegriff des GWB, in ZHR 131, 361 ff.
- Bartholomeyczik Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, in AcP 1966, S. 30 ff.
- Bartholomeyczik Das Gegengewichtsprinzip und die Funktionsfähigkeit des Austauschvertrages in der modernen Rechtsentwicklung, in Bartholomeyczik-Benisch, Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (III), FTW-Schriftenreihe, Heft 35, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, S. 1 ff.

- Bartholomeyczik Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4. Auflage, Frankfurt 1967.
- Bartholomeyczik Wann aktualisiert sich der potentielle Wettbewerb für die Rechtsanwendung, in WuW 1971, 764 ff.
- Baumann Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht, in AcP 155 (1956), S. 495 ff.
- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, Wettbewerbsrecht, 10. Auflage, München und Berlin 1971.
- Baur, Jürgen F. Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972.
- Baur, Jürgen F. Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", in ZHR 134, 97 ff.
- Beckensträter Die Festsetzung der Entschädigung bei leicht fahrlässiger Patent- und Gebrauchsmusterverletzung, in GRUR 1963, 231 ff.
- Beckmann Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968.
- Beines Erweiterung der kartellrechtlichen Grenzen einer unternehmerischen Kooperation, jur. Diss., Bonn 1972.
- Beise Der Oligopolmißbrauch des § 22 Abs. 2 iVm Abs. 3 des GWB auf dem beherrschten Markt, jur. Diss., Mainz 1965.
- Belke Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Tübingen 1966.
- Benisch Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, in WuW 1960, 842 ff.

- Benisch Die Erweiterung des Diskriminierungsverbots in der Kartellgesetznovelle, in WuW 1971, 887 ff.
- Benisch Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen, Grenzen der Zwecktheorie in § 1 GWB, in DB 1969, 247.
- Benisch Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, in WuW 1961, 764 ff.
- Benisch Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965, in DB 1965, 1035 ff.
- Benisch Kumulation von Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1959, 765 ff.
- Benisch Individuelle Liefer- und Bezugsverweigerung aus Gründen der Marktpflege, in WRP 1966, 235 ff.
- Benisch Kooperationsfibel, Bergisch Gladbach 1969.
- Benkard Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, bearbeitet von Bock, Löscher, Ballhaus, Bruchhausen, 5. Aufl., München 1969.
- Benkendorff Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung, in WRP 1962, 313 ff.
- Berg Begrenzung der Schadensersatzpflicht durch Berücksichtigung des Schutzzweckes der Haftungsnorm, in JuS 1961, 317 ff.
- Bernhard Liefersperre nach dem Kartellrecht, in WuW 1969, 443 ff.
- Bernhardt Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2. Aufl., München und Berlin 1963.
- Bezenberger Die zivilrechtlichen Ansprüche im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WRP 1956, 209 ff.

- Biedenkopf Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Biedenkopf-Callmann-Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957.
- Biedenkopf Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, in BB 1966, 1113 ff.
- Biedenkopf Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, in WuW 1968, 3 ff.
- Bierling Die Sicherung des Marktzugangs dritter Unternehmen gegenüber Absatzbindungen, in WRP 1969, 258 ff.
- Böhm, Franz Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, München 1961.
- Böhm, Franz Die Zähmung des Privateigentums, in FAZ vom 20. Mai 1972, S. 17.
- Bollack, Gert Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Recht, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln, Berlin, München, Bonn 1966, S. 223 ff.
- Böllig Patentgemeinschaften im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, jur Diss, Köln 1967.
- Bombach Wirtschaftswachstum, im HdSW Bd. 12, S. 763 ff.
- Borchard-Fikentscher Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.
- Brugger Kartellrechtliche Beurteilung von Urheberrechtsgesellschaften (II. Teil), in WuW 1959, 244 ff.
- Brugger Zur Auslegung des § 1 GWB, in WuW 1959, 465 ff.

- Busse Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 4. Aufl., Berlin 1972.
- Caemmerer v. Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, in NJW 1956, 569 ff.
- Caemmerer v. Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962.
- Christl Funktion und Leistungen des Tabakwaren-Einzelhandels in kartellrechtlicher Sicht, in WRP 1959, 229 ff.
- Christl Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung (zugleich ein Beitrag zum Mißbrauch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), in BB 1960, 297 ff.
- Clark Competition as a Dynamic Process, Washington DC. 1963, 2. Aufl.
- Clark Zum Begriff eines wirksamen Wettbewerbs, in Wettbewerb und Monopol, herausgegeben von Hans-Heinrich Barnikel, Band 48, Darmstadt 1968, S. 148 ff.
- Clodius Die Mißbrauchsbestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als Schutzgesetze, jur Diss, Göttingen, 1968.
- Connor Zur Verteidigung des Patentsystems, in GRUR 1963, 161 ff.
- Contzen Der Kontrahierungszwang bei marktbeherrschenden Unternehmen, jur Diss, Köln 1965.
- Derleder Wirtschaftliche Diskriminierung zwischen Freiheit und Gleichheit, jur Diss, Kiel 1967.
- Deutsch Abschied von der culpa in concreto? BGH VersR 1960, 802 und BGHZ 43, 313, in JuS 1967, 496 ff.

- Dietz Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn und Köln 1934.
- Dörnikel Die neuen Bestimmungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in NJW 1965, 2321 ff.
- Downie The Competitive Process, London 1958.
- Dreiss Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzvertragssystemen im amerikanischen und deutschen Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1972.
- Ehle Zivilrechtsschutz bei verbotswidrigen Empfehlungen, in BB 1963, 611 ff.
- Ehlers Kartellrechtliche Abgrenzung der Verträge über Patente und die sonstigen vertikalen Verträge, in GRUR 1968, 633 ff.
- Emmerich Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969.
- Enders Technisch notwendige Bezugspflichten in Patentlizenzverträgen. Eine Untersuchung nach deutschem und EWG-Kartellrecht, rer. pol. Diss, Darmstadt 1970.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
- Erman Kommentar zum BGB, Band I, 5. Aufl., Münster 1972.
- Esser Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970.
- Eucken Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern, Tübingen 1952.

- Ewald Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsregeln, in WRP 1967, 379 ff.
- Fack Machtblöcke in Europa (Das erste Konzentrationsverfahren der EWG-Kommission), in FAZ vom 19.2.1972, S. 15.
- Fahrenschon Zwangslizenz nach § 25 eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in GRUR 1955, 281 ff.
- Falck v./Ohl Zur Reform der Bestimmungen über Schutzbereich und Verletzung des Patents (Bericht des Unterausschusses "Schutzbereich, Lizenz, Verletzung" des Fachausschusses für Patent- und Gebrauchsmusterrecht der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht), in GRUR 1971, 541 ff.
- Fikentscher Als-Ob-Wettbewerb und Mißbrauchs-begriff unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Fragen der Energiewirtschaft, Frankfurt 1971.
- Fikentscher Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrags, München 1971.
- Fikentscher Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, in WuW 1961, 788 ff.
- Fikentscher Vertrag und wirtschaftliche Macht, in Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1971, S. 41 ff.
- Fikentscher Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958.
- Fikentscher Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin 1971.
- Fingerhut Das Rabattkartell, Eine kritische Untersuchung der Rechtspraxis des Bundeskartellamtes, jur Diss, Heidelberg 1970.

- Freitag, D. Wirksamer Wettbewerb und potentielle Konkurrenz, in WuW 71, 294 ff.
- Friauf Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, in JuS 1962, 422 ff.
- Gabriel Mißbrauch wirtschaftlicher Macht: Kriterien, Verfahren, Maßnahmen, in WuW 1968, 581 ff.
- Gather Reform der Patentgesetzgebung?, in ORDO Bd. II, 1949, S. 270 ff.
- Gaul/Bartenbach Nutzung von Schutzrechten in der Industrieforschung als Patentverletzung, in GRUR 1968, 281 ff.
- Georgiades Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1967.
- Gentz Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB und § 9 KartVO, in WuW 1961, 587 ff.
- Gleiss/Deringer Patentpools nach geltendem und kommenden Kartellrecht, in WuW 1952, 612 ff.
- Gleiss/Deringer Patentmonopol und Wettbewerbsfreiheit, in WuW 1952, 346 ff.
- Gleiss/Helm Relevanter Markt bei Originalersatzteilen und Originalzubehör, in BB 1968, 570 ff.
- Godin v. Kartellrechtliche Behandlung von Verträgen über gewerbliche Schutzrechte, in GRUR 1958, 64 ff.
- Göhler Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage, München 1970.
- Görgens Wachstum versus Macht, in: Der Volkswirt, 1970, Nr. 25, S. 45 ff und Nr. 26, S. 37 ff.
- Görgens Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, Freiburg 1969.

- Götz/Rieger Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht, in JuS 1968, 393 ff.
- Griesbach Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des GWB, in BB 1962, 1011 ff.
- Grupp Kontrahierungszwang nach dem Kartellgesetz, jur Diss, Köln 1965.
- Grützmacher Kartellrechtliche Beurteilung der Verwertung technischer Schutzrechte, jur Diss, München 1970.
- Günther Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in BB 1957, 721 ff.
- Günther Brauchen wir eine neue Wettbewerbspolitik?, in WuW 1967, 91 ff.
- Günther Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, in WuW 1960, 747 ff.
- Günther Wettbewerbspolitik in der freien Gesellschaft, in WuW 1964, 111 ff.
- Günther Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960.
- Günther Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, in WuW 1957, 677.
- Gutzler Gelöste und ungelöste Fragen der Lieferverweigerung, Bemerkungen zu zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, in BB 1966, 390 ff.
- Häberle Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg v. d. H. 1970.
- Hahn v. Kartellrechtliche Probleme bei Rücklizenzen, Lizenztauschverträgen und Patentgemeinschaften, in GRUR 1968, 406 ff.

- Hahn v. Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen, Zum Mißbrauchs begriff des § 22 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, 1279 ff.
- Halbey Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB, in Jur Analysen 1970, S. 34 ff.
- Halbey Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB, in WRP 1967, 77 ff.
- Hayek Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 1952.
- Hamann/Lenz Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Auflage, Neuwied und Berlin 1970.
- Hefermehl Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, in Festschrift für H. C. Nipperdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955, S. 283 ff.
- Hefermehl Beurteilung von Fusionen und Kartellbildungen nach Art. 85 und Art. 86 des EWG-Vertrages, in Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, München 1965, S. 771 ff.
- Heine Monopolistischer Patentmißbrauch, in GRUR 1948, 170 ff.
- Heiseke Schutz des gewerblichen Eigentums im Streit der Meinungen, in GRUR Int 1967, 2 ff.
- Helm Relevanter Markt bei Originalersatzteilen und Originalzubehör, in BB 1968, 570 ff.
- Helm Das Kartellrecht in der Wirtschaftspraxis, Neuwied und Berlin 1970.
- Hennig Die Mißbrauchsüberwachung im GWB, in NJW 1968, 573 ff.

- Hertin Die Beteiligten am Kartellverfahren und ihre Rechtsstellung, jur Diss, Berlin 1969.
- Heuss Allgemeine Markttheorie, Tübingen, Zürich 1965.
- Heuss Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, in Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N. F. Bd. 48, Berlin 1968, S. 50 ff.
- Heuss Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, in Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, B. Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 29 ff.
- Hiersemann Marktinformation und Boykott. Eine Studie für den mittelständischen Handel und seine Zusammenschlüsse, in WRP 1966, 294 ff.
- Hill Zur Bedeutung der Marktstellung als Anknüpfungspunkt des Diskriminierungsverbots (§ 26 Abs. 2 GWB) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968, 309 ff.
- Hirsch, Hans Patentrecht und Wettbewerbsordnung, in WuW 1970, 99 ff.
- Hoppmann Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", in DB 1970, 93 ff.
- Hoppmann Die Funktionsanigkeit des Wettbewerbs. Bemerkungen zu Kantzenbachs "Erwiderung", in Jb. N. St. Stuttgart 1967/68, Bd. 181, 251 ff.
- Hoppmann Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität. Rivalität und Freiheit des Wettbewerbs, in Jb. N. St. Bd. 179, Stuttgart 1966, S. 286 ff.

- Hopmann Workable Competition als wettbewerbspolitischs Konzept, in Theoretische und und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Festschrift für Th. Wessels, Berlin 1967, S. 148 ff.
- Hopmann Zum Problem einer wirtschaftlich praktikablen Definition des Wettbewerbs, in Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, NF Band 48, Berlin 1968, S. 9 ff.
- Hopmann Workable Competition, Die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1966, S. 249 ff.
- Hopmann Preismeldestellen und Wettbewerb, in WuW 1966, 97 ff.
- Hopmann Zum Schutzobjekt des GWB. Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion, in Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 61 ff.
- Horn Das öffentliche Interesse an Zwangslizenzen, in Mitt. 1970, 184 ff.
- Hubmann Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln 1967.
- Hubmann Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., München 1969.
- Hübner Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbots, FIW-Schriftenreihe, Heft 59, Köln, Berlin, Bonn, München 1971.
- Jäger Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreihe, Heft 55, Köln 1970.
- Jung Zum Begriff des Mißbrauchs im Kartellrecht, in NJW 1965, 1117.

- Kahrs Zivilrechtliche Ansprüche aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, jur Diss, Tübingen 1965.
- Kantzenbach Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität. Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von Erich Hoppmann, in Jb. N. St. Bd. 181, Stuttgart 1967/68, S. 193 ff.
- Kantzenbach Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Kartte Zum Boykottverbot des § 26 Abs. 1 GWB; persönlicher Schutzbereich, Verbandsboykott, anderweitige Schutzvorschriften, in WuW 1961, S. 170 ff.
- Kartte Kooperation in der Marktwirtschaft, in BB 1969, 53 ff.
- Kartte Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, FIW-Schriftenreihe, Bd. 49, Köln, Berlin, Bonn, München 1969.
- Kaufer Patente, Wettbewerb und Technischer Fortschritt, Bad Homburg, v. d. H. 1970.
- Kaufer Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, in Jb. N. St. Bd. 179, Stuttgart 1966, S. 481 ff.
- Kaufmann/
Rautmann/
Strickroth Frankfurter Kommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 15. Lieferung, Köln 1970.
- Kellermann Die gewerblichen Schutzrechte im GWB, in GRUR 1958, 581 ff.
- Kellermann Der Einfluß des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die Verwertung von gewerblichen Schutzrechten, in GRUR 1959, 569 ff.
- Kittner Zivilrechtliche Prävention als Begründung für Schadensersatzpflichten, in DB 1970, 884 ff.

- Klaue Zum gemeinsamen Zweck in § 1 GWB, in BB 1964, 538 ff.
- Klaue Androhung einer Liefersperre bei Nichtbeachtung empfohlener Richtpreise, in DB 1960, 810 ff.
- Klaue Zur Auslegung des § 25 Abs. 1 GWB. Ein Beitrag zum Kontrahierungszwang im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in ZHR 129, 159 ff.
- Klauer-Möhring Patentrechtskommentar, Band I, §§ 1 - 36 a, 3. Aufl., München 1971.
- Klein Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1966.
- Knöpfle Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln, Berlin, Bonn, München 1966.
- Knöpfle Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, in WuW 1962, 159 ff.
- Koch Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischen Recht, Münster 1967.
- Koch/
Froschmaier Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt, in GRUR Int 1965, 121 ff.
- Koenigs Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, in NJW 1961, 1041 ff.
- Koenigs Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, in GRUR 1958, 589 ff.

- Köhler v. Das Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Gleichheitssatz, in BB 1959, 689 ff.
- Köhler v. Vom Wert der Gesetzesmaterialien im Kartellrecht, in NJW 1967, 2188 ff.
- Koziol, Helmut Ersatz der Haftpflicht bei Verkehrsunfällen durch Unfallversicherung, in ZfRV 11, 16 ff.
- Kracht Das Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in NJW 1960, 1229 ff.
- Kraft Nationales Warenzeichenrecht und EWG-Kartellrecht in der Rechtsprechung des EUGH, in MA 1972, 35 ff.
- Kraft-Kreutz Patent und Wettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland, FIW-Schriftenreihe, Heft 62, Köln, Berlin, Bonn, München 1972.
- Krausse/Karthlun/
Lindenmaier Das Patentgesetz, 5. Aufl., bearbeitet von Weiß, Zeunert, Röhl, Köln, Berlin, Bonn, München 1970.
- Kreutz Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung nach Art. 86 EWG-Vertrag, FIW-Schriftenreihe, Heft 58, Köln, Berlin, München 1971.
- Krusche Marktverhalten und Wettbewerb, Eine Untersuchung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1961.
- Langen Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., Neuwied und Berlin 1967.
- Lanzenberger Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten, in GRUR 1958, 593 ff.
- Larenz Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht, in Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, München und Berlin 1965, S. 489 ff.

- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969.
- Larenz Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht, in NJW 1959, 865 ff.
- Larenz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München 1972.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, 10. Aufl., BT, München 1972.
- Lenel Die Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, 2. Aufl., Tübingen 1968.
- Lemhoefer Die Verwaltungspraxis des BKA bei Erlaubnisbeschlüssen nach § 20 Abs. 3 (§ 21 Abs. 1) GWB, in GRUR 1964, 573 ff.
- Lent-Jauernig Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 11. Auflage, München 1969.
- Leo Das marktbeherrschende Unternehmen in den §§ 22, 26 GWB, in 10 Jahre Kartellgesetz 1958 - 1968, Eine Würdigung aus der Sicht der Industrie, Bergisch-Gladbach 1968, S. 291 ff.
- Leo Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, in WuW 1959, 485 ff.
- Lieberknecht Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, Eine vergleichende Darstellung der Rechtslage in Deutschland, Großbritannien und den Vereinigten Staaten, Frankfurt 1953.
- Lieberknecht Verträge über gewerbliche Schutzrechte und sonstige technische Leistungen nach §§ 20, 21 GWB, in DB 1957, 1011 ff.
- Lipps Rechtsmittel gegen Einstellungsmitteilungen der Kartellbehörden, in NJW 1969, 1879 ff.

- Löschner Zehn Jahre Kartellsenat, in Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968, 289 ff.
- Lüdecke-Fischer Lizenzverträge, Weinheim 1957.
- Lukes Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959.
- Lukes Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199 ff.
- Machlup Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, in GRUR Int 1961, 373 ff, 473 ff, 524 ff.
- Magen Lizenzverträge und Kartellrecht, Heidelberg 1963.
- Mailänder Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Karlsruhe 1964.
- Mansfield The Economics of Technological Change, New York 1968.
- Markert Zum Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs. 1 GWB, in WRP 1966, 330 ff.
- Maul Das open-price-System und § 1 GWB, in WRP 1965, 208 ff.
- Maurach Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965.
- Mayer Das Patent zwischen Orthodoxie und Neoliberalismus, in GRUR 1963, 164 ff.
- Mayer-Maly Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Problem des Privatrechts, in AcP 1970 (S. 133 ff).

- Merle Marktinformationsverfahren und § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heft 42 der FIW-Schriftenreihe, Köln 1967.
- Mertens Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.
- Merz Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, in Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 227 ff.
- Mestmäcker Marktbeherrschende Stellungen im System des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Der Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen im deutschen, italienischen und europäischen Recht, Karlsruhe 1969, S. 1 ff.
- Mestmäcker Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959.
- Mestmäcker Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, in DB 1968, 787 ff, und 835 ff.
- Mestmäcker Verpflichtet § 22 GWB die Kartellbehörde, marktbeherrschende Unternehmen ein Verhalten aufzuerlegen, als ob Wettbewerb bestünde?, in DB 1968, 1800 ff.
- Mestmäcker Unternehmenszusammenschlüsse nach Art. 86 EWG-Vertrag. Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt 1966, S. 322 ff.
- Mestmäcker Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Probleme der normativen Ökonomik und der wirtschaftspolitischen Beratung, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N. F. Bd. 29, Berlin 1963, S. 305 ff.

- Meyer-Cording Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954.
- Meyer-Cording Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, in WuW 1962, 461 ff.
- Meyer-Cording Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht, in Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, München 1965, S. 537 ff.
- Mezger/Blei Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1970.
- Möhring Die kommende Kartellgesetzgebung und der gewerbliche Rechtsschutz, in GRUR 1951, 218 ff.
- Möhring Marktbeherrschende Unternehmungen im gewerblichen Rechtsschutz, in GRUR 1952, 469 ff.
- Möhring Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, in WuW 1954, 387 ff.
- Möhring Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung, in GRUR 1966, 512 ff.
- Möhring Die Bedeutung der Rule of Reason im Kartellrecht (II. Teil), in WuW 1955, 89 ff.
- Möhring Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay zu seinem 70. Geburtstag, Köln, Berlin 1956, S. 195 ff.
- Müller/Gries Kontrahierungszwang nach § 25 Abs. 1 GWB, in WRP 1960, 179.
- Müller/Gries
Giessler Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 2. Aufl., Frankfurt 1969.

- Müller/
Henneberg Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbs-
beschränkung im Kartellrecht, in WuW
1968, 659 ff.
- Müller/
Henneberg/
Schwarz Gemeinschaftskommentar, Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und Euro-
päisches Kartellrecht, 2. Aufl., Köln,
Berlin, Bonn, München 1963. Novelle
1965 zum Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, Nachtrag zur 2. Aufl.
des GK, Köln, Berlin, München 1966.
3. Aufl. d. GK, 1. Lieferung, §§ 1 -
4 GWB, 2. Lieferung, §§ 15 - 25 GWB,
3. Lieferung, Europäisches Kartellrecht
(bis Art. 85 EWGV), Köln, Berlin, Bonn,
München 1972; 4. Aufl. d. GK, 4. Lie-
ferung, §§ 25 - 37 GWB, Köln, Berlin,
Bonn, München 1973.
- Nedelmann Die Praxis des BKartA bei der Auslegung
des GWB unter Berücksichtigung der Aus-
legungsgrundsätze des BGH, jur Diss,
Kiel 1969.
- Niederleithinger Das Umgehungsverbot des § 25 Abs. 1
GWB bei vertikalen Preisempfehlungen,
in NJW 1964, 1936 ff.
- Nipperdey Wettbewerb und Existenzvernichtung, eine
Grundfrage des Wettbewerbsrechts, Ber-
lin 1930.
- Nipperdey Kontrahierungszwang und diktiertter Ver-
trag, Jena 1920.
- Neumann Der Austausch von Patentlizenzen nach
amerikanischem, deutschem und EWG-Kar-
tellrecht, jur Diss, Köln 1971.
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
31. Aufl., München 1972.
- Pechmann v. Die Grenzen der Ausnahmebestimmungen
des § 1 PatG, in GRUR 1959, 441 ff.
- Pelzer Die rechtliche Problematik der Beschrän-
kungen der deutschen Atomwirtschaft
durch den Euratomvertrag, in DB 1962,
394 ff.
- Peukert Abschlußverweigerung und Abschlußzwang

im Kartellrecht, jur Diss, Berlin
1968.

- Pfanner/Sünner Der gewerbliche Rechtsschutz im Euratomvertrag, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 5, München, Köln, Berlin, Bonn 1958.
- Pickel Diskriminierung durch preisbindende Unternehmen - üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr und Interessenabwägung, in BB 1965, 651 ff.
- Platzmann, Jochen Wettbewerbspolitiches Leitbild, Freiheitsschutz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1970, 779 ff.
- Platzmann, Norbert Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, in JZ 1968, 81 ff.
- Pleyer Patent und Wirtschaftsordnung - Zur Entwicklung des Patentrechts in der SBZ - in Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1965, Band II, S. 493 ff.
- Pleyer Lastschriftverfahren und Monopolmißbrauch, in DB 1972, 761 ff.
- Polzius Zulässigkeit und Grenzen des wirtschaftlichen Boykotts, jur Diss, Köln 1961.
- Prahl Patentschutz und Wettbewerb, Göttingen 1969.
- Preu Zur Zwangslizenz, in: 10 Jahre Bundespatentgericht, Festschrift, Köln, Berlin, Bonn, München 1971, S. 239 ff.
- Raisch Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in Wettbewerb als Aufgabe. Nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 357 ff.

- Raisch Nochmals: Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - Schlußwort, in JZ 1967, 404 ff.
- Raiser, Ludwig Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Band I, Karlsruhe 1960, S. 101 ff.
- Raiser, Ludwig Vertragsfreiheit heute, in JZ 1958, 1 ff.
- Raiser, Ludwig Kontrahierungszwang im Monopolrecht, in Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe 1961, S. 523 ff.
- Raiser, Thomas Ökonomen im Bundeskartellamt und in den Kartellgerichten, in BB 1972, 471 ff.
- Rasch Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen, in WuW 1961, 79 ff.
- Rasch/Westrick Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3. Auflage, Herne, Berlin 1966.
- Reimer Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
- Reimer Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Band, Das wettbewerbliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, bearbeitet von Wilhelm Pastor, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1971.
- Reinhart Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, Zum Begriff der Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB, Köln, Berlin, Bonn, München 1963.

- Reuß Der sogenannte Käuferstreik - Der Boykott als wirtschaftliches Kampfmittel, in AcP 156, S. 89 ff.
- Rieger Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbots - zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Restriktion, jur Diss, Frankfurt 1967.
- Rinck Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in Recht im Wandel, Beiträge zu Strömungen und Fragen im heutigen Recht, Festschrift hundertfünfzig Jahre Carl Heymann Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1965, S. 361 ff.
- Rittner Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, in WuW 1969, 65 ff.
- Röpke Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 5. Aufl., Erlenbach, Zürich 1948.
- Röpke Wettbewerb II, Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung, in HdSW Bd. 12, S. 29 ff.
- Röpke Die Planifikation, in FAZ vom 20. Juli 1963, S. 5.
- Roth Das Erfindermonopolrecht und das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, jur Diss, Freiburg 1956.
- Rowedder Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV, in Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Kartell-Rundschau, Heft 8, Köln, Berlin, München, Bonn 1966, S. 247 ff.
- Rupp Zur Problematik öffentlichrechtlicher Machtpotenzierung durch Funktionskombinationen, in NJW 1968, 569 ff.
- Rupp Markttransparenz und Recht, in WuW 1966, 737 ff.

- Säcker Zielwandlungen und Zielkonflikt in der Wettbewerbspolitik: Von der Sicherung der Freiheit zur Organisation des Wohlstandes? Eine wirtschaftsordnungspolitische Untersuchung der kartellrechtlichen Bestimmungen des Referentenentwurfs eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 20. März 1970 und der Bekanntmachung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 Abs. 1 EWGV fallen, vom 2. Juni 1970, rer. pol. Diss, Köln 1971.
- Säcker Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in BB 1967, 681 ff.
- Sander Die einfache Patentgemeinschaft im GWB, in WuW 1959, 499 ff.
- Sandrock Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, in WuW 1971, 858 ff.
- Sandrock Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968.
- Sandrock Der Ausschluß von der Belieferung nach § 25 Abs. 1 GWB, in Jur Analysen 1970, 48 ff.
- Sandrock Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtlicher Sicht, in JuS 1971, 57 ff.
- Sandstein Zulässigkeit von Beschränkungen des Lizenzgebers in Patentlizenzverträgen nach dem Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in GRUR 1953, 246 ff.
- Sarnighausen Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, jur Diss, Göttingen 1961.

- Sauter Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, jur Diss, Mainz 1963.
- Sauter Androhung und Verhängung einer Liefer-
sperre durch preisempfehlende Unter-
nehmen, in NJW 1969, 638 ff.
- Schade Zwangslizenz - Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Skizze -
in Mitt. 1964, 101 ff.
- Schamberger Lizenzaustauschverträge und Patentge-
meinschaften in kartellrechtlicher
Sicht, jur Diss, Heidelberg 1969.
- Schiefer Untersuchungen zum Diskriminierungs-
verbot im Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen, jur Diss, Tübingen
1964.
- Schlegel Marktmacht und Mißbrauch, Mögliche
Rechtsgrundlagen für Marktunternehmungen
im Hinblick auf den Verdacht markt-
beherrschender Stellungen, in WuW 1968,
176 ff.
- Schlegelberger Grundlagen des neuen Patentrechts,
Kleine Schriften zum Patentrecht,
Band 3, 1935.
- Schmidt, Ingo Relevanter Markt, Marktbeherrschung
und Mißbrauch in § 22 GWB und Art.
86 EWGV, in WuW 1965, 453 ff.
- Schmidt, Ingo Neuere Entwicklungen in der Wettbe-
werbstheorie unter Berücksichtigung
wachstumspolitischer Gesichtspunkte,
in WuW 1966, 699 ff.
- Schmidt, Ingo Zum Nachweis des Mißbrauchs einer
rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbe-
schränkung, in WuW 1967, 636 ff.

- Schmidt, Ingo Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - JZ 1967, 247 ff.
- Schmidt, Ingo Zum Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 GWB, in DB 1968, 1795 ff.
- Schmidt, Ingo Beseitigung des Ungleichgewichts im GWB zwischen Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme und Zustand, in ZHR 135, 193 ff.
- Schmidt, Ingo Obsoleszenz und Mißbrauch wirtschaftlicher Macht, in WuW 1971, 868 ff.
- Schmidt-Salzer Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, in NJW 1970, 8 ff.
- Schmidt-Salzer Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzererfolg als Grundlagen der Schadensberechnung, in JR 1969, 81 ff.
- Schmiedel Kontrahierungszwang aus § 25 Abs. 1 GWB? Überlegungen zum "Brotkrieg". - Urteil des BGH vom 24. Juni 1965, in WRP 1966, 41 ff.
- Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch, 15. Aufl., München 1970.
- Scholz, Rupert Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Insbesondere dargestellt am Beispiel der Kartellaufsicht, Berlin 1971.
- Schramm/Klaka Das Deliktsrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WRP 1958, 75 ff.
- Schricker Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerblicher Normen, München 1970.

- Schulte Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften im amerikanischen und im deutschen Recht, Frankfurt 1971.
- Schumpeter Der Prozeß der schöpferischen Zerstörung. Monopolistische Praktiken in Wettbewerb und Monopol, herausgegeben von Hans Heinrich Barnikel, Band 48, Darmstadt 1968, S. 148 ff.
- Schuster Sozialprodukt, in HdSW Bd. 9, S. 572 ff.
- Schwartz Systematischer Aufbau eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere Verhältnis des § 1 und § 10 bis § 13 zu § 15, in GRUR 1952, 475 ff.
- Schweins Das Kartellverbot als Grundlage eines deliktischen Schadenersatzanspruchs bei Drittverträgen (§ 35 GWB) unter besonderer Berücksichtigung der Schadensberechnung, jur Diss, Münster 1965.
- Schweer Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang, jur Diss, Münster 1962.
- Siemens v. Rede, gehalten in Washington am 20. 10. 1965 aus Anlaß des 175-jährigen Bestehens des amerikanischen Patentgesetzes (Auszug) in Weidlich/Spengler, Patentschutz in der Wettbewerbswirtschaft (siehe Spengler), S. 73 ff.
- Sölter Abwehrkartelle und Gegengewichtsprinzip, in DB 1964, 1251 ff.
- Sölter Universalvertrieb oder Selektivvertrieb - Wege zur Absatzförderung und Marktpflege für Markenartikel - in MA 1965, 303 ff.
- Spengler Boykott-Probleme, in WuW 1953, 195 ff.
- Spengler Wettbewerbsbeschränkung durch Boykott, in DB 1957, S. 1169 ff, 1193 ff.

- Spengler Über die Tatbestandsmäßigkeit und
Rechtswidrigkeit von Wettbewerbs-
beschränkungen, in WuW-Schriften-
reihe, Heft 6, Düsseldorf 1960, S.
23 ff.
- Spengler Ist eine friedliche Koexistenz zwischen
Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz
denkbar?, in GRUR 1961, 607 ff.
- Spengler Eingriffe des Staates in die Wettbe-
werbsfreiheit des Unternehmers, in
DB 1966, 1595 ff.
- Spengler
in Weidlich/
Spengler Patentschutz in der Wettbewerbswirt-
schaft, FIW Schriftenreihe, Heft 44,
Köln, Berlin, Bonn, München 1967, S.
23.
- Stegemann Workable Competition nach zwanzig Jah-
ren - Bemerkungen zu einem Buch von
John Maurice Clark, in Hamburger Jahr-
buch für Wirtschafts- und Gesellschafts-
politik, Tübingen 1964, S. 237 ff.
- Stein Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967.
- Steindorff Abstrakte und konkrete Schadensberech-
nung, in AcP 158, 431 ff.
- Steindorff Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht,
Frankfurt 1959.
- Stoll Kausalzusammenhang und Normzweck im
Deliktsrecht, Tübingen 1968.
- Strickrodt Liefer- und Lizenzverträge unter den
Wirkungen des Kartellverbots, in WuW
1957, 75 ff.
- Strohm Wettbewerbsbeschränkungen in Patentli-
zenzverträgen nach amerikanischem und
deutschem Recht, Schriftenreihe zum
gewerblichen Rechtsschutz, Band 24, Köln,
Berlin, Bonn, München 1971.

- Sünner Verstoßen Marktinformationsverträge (Preismeldesysteme) gegen das Kartellverbot in § 1 GWB?, in DB 1971, 2458 ff.
- Tetzlaff Die Diskriminierung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, jur Diss, Göttingen 1963.
- Tetzner, Volkmar Patentverletzung durch Forschung, in GRUR 1966, 604 ff.
- Tetzner, Heinrich Kommentar zum Patentschutz und zum Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl., Nürnberg und Düsseldorf, 1951.
- Tetzner, Heinrich Kartellrecht, Ein Leitfaden, 2. Aufl., München und Berlin 1967.
- Tetzner, Heinrich Die vom Patentschutz ausgeschlossenen Erfindungen nach deutschem Recht, in GRUR Int 1960, 107 ff.
- Tookey Die Reform des britischen Patentrechts, in GRUR Int 1971, 356 ff.
- Ulmer, Peter Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht, in WuW 1971, 878 ff.
- Unterburg Die Bedeutung der Patente in der industriellen Entwicklung, Berlin 1970.
- Völkel Die Regelung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, rer. pol. Diss, Freiburg 1971.
- Völpl Gewerbliche Schutzrechte und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WRP 1957, 313 ff.
- Walleser Das Patentmonopol in der Marktwirtschaft, in GRUR 1963, 512 ff.

- Weber Die Aufhebung von Kartellen wegen Mißbrauchs der Freistellung vom § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 11 und 12 GWB). Beitrag zur systematischen Bestimmung des kartellrechtlichen Mißbrauchsbegriffs unter Abgrenzung gegen den Widerrufsgrund wegen wesentlich geänderten Verhältnissen, jur Diss, Frankfurt 1968.
- Wiethölter § 823 Abs. 2 BGB und die Schuldtheorie, Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 26.2.1962 - II ZR 22/61, in JZ 1963, 205 ff.
- Willemsen Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, Bern 1971.
- Wittig Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, in DÖV 1968, 817 ff.
- Wolf, Joseph Georg Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttingen 1962.
- Wolff, Joseph Julius Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., München 1971.
- Woll Der Wettbewerb im Einzelhandel. Zur Dynamik der modernen Vertriebsformen, Berlin 1964.
- Woll Das Konzept des Workable Competition, in WiSu 1972, 15 ff.
- Würdinger Freiheit der persönlichen Entfaltung. Kartell- und Wettbewerbsrecht, Karlsruhe 1953.
- Zeunert Offenbarung des beanspruchten Erfindungsgedankens und Schutzzumfang des Patents, rer. pol. Diss, Berlin 1961.
- Zeischwitz v. Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, jur Diss, Marburg 1967.

L e b e n s l a u f

Am 26. 1. 1945 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Otto Hartmann und dessen Ehefrau Johanna, geb. Berger, in Guldental geboren.

Von 1951 bis 1955 besuchte ich die Volksschule in Guldental, danach das Staatliche Gymnasium in Bad Kreuznach, wo ich im Februar 1965 die Reifeprüfung ablegte.

Vom 1. April 1965 bis zum 31. März 1967 leistete ich einen freiwilligen Wehrdienst bei der Bundeswehr. Nach zwei weiteren Wehrübungen wurde ich zum Oberleutnant d. Res. ernannt.

Im Sommersemester 1967 habe ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz begonnen; das erste juristische Staatsexamen bestand ich am 28. Juni 1971. Danach fertigte ich die vorliegende Dissertation an; die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 2. Februar 1973.

Seit dem 1. September 1972 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz.

